Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung im vergangenen, geltenden und kommenden Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Badischen Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Henning Freiherr von Stralenheim

Druck von Rudolf Goldschagg, Freiburg im Breisgau
1935

Referent: Professor Dr. Eduard Kern

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

„Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen."

Inhaltsübersicht.

Vorwort . . . . . Seite 4

§ 1. Geschichtliches . . . . . „ 5—10

a) Carolina und Reichspolizeiordnung . . . . . „ 5— 6

b) ALR. und code pénal . . . . . „ 6— 7

c) Die deutschen Strafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts . . . „ 7—10

§ 2. Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung im Reichsstrafgesetzbuch vor dem Gesetz vom 26. Mai 1933 . . . . . „ 11—29

a) Die verschiedenen Theorien über das Wesen der Untreue und ihre Stellung zu dem Verhältnis der beiden Tatbestände . . „ 11—19

b) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . . . „ 19—29

§ 3. Das Verhältnis der beiden Tatbestände in den Entwürfen . . . . . „ 30—36

a) Vorentwurf und Gegenentwurf . . . . . „ 30—33

b) Die späteren Entwürfe . . . . . „ 33—36

§ 4. Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung nach geltendem Recht . . . . . „ 37—48

a) Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 266 n. F. legen eine sehr weite Ausdehnung des Untreuebereiches nahe „ 37—40

b) Zu einem derartigen weiten Tatbestand steht die Veruntreuung in einem spezialitätsähnlichen Verhältnis . . . . . „ 40—44

c) Versuche, den Treubruchstatbestand einzuschränken. Untreue als Verletzung einer besonderen Treupflicht, die über allgemeine Rechtspflichten hinausgeht . . . . . „ 44—48

§ 5. Das kommende Recht . . . . . „ 49—52

a) Die neuen Tatbestände . . . . . „ 49—50

b) Ihre Anwendung . . . . . „ 50—52

Literatur . . . . . „ 53—56

Zeitschriften und Entscheidungen . . . . . „ 57

Vorwort.

Angesichts der Fülle an Literatur, die seit dem Inkrafttreten unseres Reichsstrafgesetzbuches von 1871 über die Tatbestände der Untreue und Unterschlagung, ihre Geschichte und ihre Begriffsbestimmung erschienen ist, könnte man zunächst an einem Bedürfnis für eine Behandlung des vorliegenden Themas zweifeln. Es zeigt sich aber, daß diese Literatur zwar die Entstehungsgeschichte und die Auslegungsmöglichkeiten der genannten Tatbestände eingehend behandelt, daß sie aber im wesentlichen durch den Theorienstreit über § 266 a. F. bestimmt ist und hierbei das Konkurrenzverhältnis der §§ 246 und 266 nur gelegentlich behandelt. Immerhin würde sie ein erneutes Eingehen auf unser Problem überflüssig machen, wenn nicht durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 mit seiner Erweiterung des Untreuetatbestandes eine gänzlich neue Lage geschaffen wäre, für die die bisherigen Lösungsversuche sich als unzulänglich erweisen. Eine Antwort auf die Frage nach der Konkurrenz der Tatbestände der §§ 246 und 266 erscheint jetzt von umso größerer Wichtigkeit, als, wie wir sehen werden, die Gefahr besteht, daß die Bestimmungen über die qualifizierte Unterschlagung (Veruntreuung) und über die Privilegierungsgründe des § 247 illusorisch werden. Daß außerdem eine Betrachtung der für das kommende Strafrecht vorgesehenen Tatbestände, nach dem „Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission" in der früheren Literatur noch nicht möglich war, liegt auf der Hand.

§ 1.

Geschichtliches.

a) Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die Entstehungsgeschichte sowohl der Untreue als auch der Unterschlagung bis in ihre Anfänge zu verfolgen. Diese ist schon von anderen Verfassern untersucht und klar gelegt[1]). Für das Konkurrenzverhältnis von Untreue und Unterschlagung kann eine geschichtliche Untersuchung erst in dem Zeitpunkt einsetzen, in dem sich die beiden Tatbestände selbständig gegenüber treten und so die Frage nach ihrer Konkurrenz entstehen kann. In der Constitutio Criminalis Carolina ist eine solche Trennung noch nicht eingetreten. Ihr Artikel 170 spricht von der „Straff der jhenen so mit vertrawter oder hinderlegter habe vngetrewlich handeln". Er lautet: „Item welcher mit eyns andern güttern, die jm inn gutten glauben zu behalten vnd verwaren gegeben sein, williger vnd geverlicher weiss, dem glaubiger zu schaden handelt, solch missethatt ist eynem diebstall gleich zu straffen." Dieser Artikel hat mit unserer Unterschlagung, und zwar mit ihrem qualifizierten Fall, der Veruntreuung, das Schutzobjekt gemeinsam, während die Handlung über die Unterschlagung hinaus sich unserer Untreue nähert. Die Frage nach dem Verhältnis des Art. 170 CCC. zu anderen Tatbeständen konnte hier nicht gegenüber einem eigenen Tatbestand echter Untreue entstehen, da eine solche die CCC. nicht kennt, sondern nur gegenüber anderen Delikten, wie dem Diebstahl. Noch im 18. Jahrhundert war es strittig, ob es sich in Art. 170 um einen Fall des furtum, oder um ein demselben gleich zu bestrafendes Sonderdelikt handele. Die Anhänger der letzteren Ansicht beriefen sich darauf, daß ein furtum nur durch eine contrectatio begangen werden könne (vgl. Kreß zu Art. 170 § 1 I 2 „quasi furtum sola contrectatione fierit . . ."). Die Vertreter der ersteren Meinung leugneten dies und folgerten aus Art. 170, daß die Unterschlagung eines anvertrauten Gutes „ein wahrer Diebstahl" sei. So auch Kleinschrod[2]), der die Strafbarkeit des Diebstahls darin sieht, „daß man aus Gewinnsucht sich fremder Güter bemächtigt". Es ist dabei auffallend, daß Kleinschrod, nachdem er die Ansicht vertritt, daß die Unterschlagung anvertrauter Güter „wahrer Diebstahl" sei, doch darauf hinweist, daß bei ihr noch eine besondere Treuverletzung (Kleinschrod spricht hier von „Untreue") hinzukommt. Er nennt die Täter „Treulose", gegen die man sich schwerer als gegen „Diebe" schützen könne. Auch er unterscheidet damit zwischen einem furtum im engeren und einem im weiteren Sinne, zu dem er die Fälle des Art. 170 CCC. hinzurechnet. Dies kommt auch in seinem „Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die Kurpfalzbayerischen Staaten"[3]) zum

[1]) Vgl. insbes. H. Mayer, Die Untreuer, S. 1—43, Draheim, S. 1—16, Ziegler, S. 7—10, Ebener, S. 1—4, Hirschfeld, S. 3 ff., Seidl, S. 10—14, Cartier, S. 71 ff. u. a.

[2]) S. 105.

[3]) Veröffentlicht 1802.

Ausdruck, dessen § 1093 bestimmt: „Die Unterschlagung anvertrauten Gutes ist ganz nach den Grundsätzen des Diebstahls zu bestrafen." Daß es sich hierbei um eine echte Unterschlagung in unserem heutigen Sinne handelt, zeigt sein § 1094: „Die Unterschlagung ist vollendet, wenn man die Absicht hat, die anvertraute Sache als die seinige zu besitzen, und wenn man mit dieser Absicht eine Handlung vornimmt, wodurch man diese Sache seiner Willkür vollkommen unterwirft und sie als die seinige behandelt." Unserem Untreuetatbestand (in seiner alten Fassung) ähnelt nur die kasuistische Aufzählung der tauglichen Subjekte im folgenden § 1095, der in drei Gruppen Vormünder, andere Privatverwalter, dann Pfänder, Entleiher, Verwahrer sowie Boten, Fuhrleute und Schiffer als mögliche Täter nennt. Diese Aufzählung war aber nur als eine beispielsweise Aufzählung gedacht, denn sie wird durch eine Ziffer 4 ergänzt und diese nennt „überhaupt alle jene, welche eine fremde Sache unterschlagen, die ihrer Treue anvertraut war". Bekanntlich wurde in Bayern nicht der Kleinschrodsche Entwurf Gesetz, sondern der seines Kritikers Feuerbach, von dem noch unten die Rede sein wird.

Näher als der Art. 170 der Carolina steht unserem heutigen Untreuebegriff, insbesondere der Nr. 1 des § 266 a. F., der Titel 32 der Reichspolizeiordnung von 1577, der in § 3 die Verletzung der Fürsorgepflicht des Vormundes für sein Mündel unter Strafe stellt („. . . alle und jede obrigkeiten . . . keines vormünders fahrlessigkeit / noch weniger verforthailung bey seinem Pflegkindt / oder dessen güter ungestrafft hingehen lassen sollen"). Die Vorschrift des Titels 32 RPO., die in der Reichspolizeiordnung von 1530 noch nicht enthalten war, gibt zunächst (RPO. von 1548) Bestimmungen über die amtliche Einsetzung, obrigkeitliche Bestätigung und Rechenschaftspflicht der Vormünder. Erst in der RPO. von 1577 wird die zitierte Strafvorschrift hinzugefügt, nachdem der Vormund schon 1548 verpflichtet wurde, eidlich zu versprechen, daß er das Mündelgut „nit in seinen eignen nutze kehren oder wenden / noch dieselbigen (Güter) one vorwissen / erkenntnus und decret der Obrigkeit vereussern / verpfänden oder beschweren" werde.

b) Im preußischen Allgemeinen Landrecht sind Untreue und Unterschlagung als ein Fall des qualifizierten Betruges behandelt, unter dem Einfluß der gemeinrechtlichen Doktrin, die sie häufig als falsum ansah[1]). ALR. 20 II 1329 gibt als Defination des „Untreuetäters" „welcher außer der allgemeinen Verbindlichkeit noch besondere Verpflichtungen, einen Anderen mit Treue und Redlichkeit zu behandeln, auf sich hat, und denselben gleichwohl hintergeht". In den § 1329 folgenden Paragraphen sind dann die einzelnen als Untreue zu bestrafenden Fälle aufgezählt, zu denen neben der Untreue der Vormünder, Makler, Dienstboten, Privatverwalter, Bevollmächtigten (§ 1372) und anderer die Prävarikation (§ 1336), auch die Unterschlagung anvertrauten Gutes, also die Veruntreuung (§§ 1354 ff.), gehören.

[1]) Vgl. Quistorp, Bd. I, S. 635 „Nach den Grundsätzen, die von Fälschungen überhaupt gelten, sind alle diejenigen zu bestrafen, welche das Vertrauen Anderer mißbrauchen und die ihnen etwa anvertrauten Gelder oder Sachen unterschlagen."

Der französische code pénal von 1791 brachte eine Trennung der Veruntreuung nicht nur vom Diebstahl, sondern auch vom Betrug[1]). Eine Unterscheidung zwischen Untreue und Unterschlagung vermißt man auch hier noch. Art. 408 des code pénal, der zusammen mit Ausnutzung von Jugendlichen mittels Schuldscheinen (Art. 406), Blankettfälschung (407) und Vernichtung von Beweisurkunden (409) zu einem Abschnitt mit der Überschrift „abus de confiance" vereinigt ist, bedroht den Verwahrer und Bearbeiter, der die ihm anvertrauten Sachen nicht auf die angewiesene Weise verwendet, sondern sie zum Nachteil des Eigentümers (seit 1810 auch des Besitzers) „unterschlägt oder verschleudert", mit der Strafe des Verlustes des Bürgerrechts (. . . sera puni de la dégradation civique. An Stelle dieser Strafe trat seit 1810 eine Gefängnis- und Geldstrafe, die sich nach der Höhe des entstandenen Schadens richtet). Der Tatbestand des Art. 408 nähert sich somit mehr unserer „Unterschlagung" als der „Untreue"[2]). Von einer Konkurrenz zwischen Untreue und Unterschlagung konnte darum auch hier noch nicht die Rede sein, vielmehr regelt Art. 408 in einem Abs. 2 nur das Verhältnis zu den Strafbestimmungen gegen die Unterschlagung öffentlich hinterlegter Akten und Gelder.

c) Erst die deutschen Strafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts enthalten einen eigenen von der Unterschlagung getrennten Untreuetatbestand[3]). Und zwar bringt ihn nicht erst das Preuß. Strafgesetzbuch von 1851, wie verschiedentlich angenommen wird (z. B. Ebener, S. 3), sondern schon das bayerische vom 16. 5. 1813. Sein Verfasser Feuerbach gibt in seinem Lehrbuch eine Begründung für die Notwendigkeit der Untreuestrafdrohung[4]): Im allgemeinen genügten zum Schutz der Rechte aus einem Vertrag die zivilrechtlichen Folgen einer Vertragsverletzung. Ein strafrechtlicher Schutz sei daneben aber bei Rechtsverhältnissen erforderlich, die ein besonderes Zutrauen verlangten. Hierher rechnet Feuerbach die Vollmacht, den Verwahrungs- und Gesellschaftsvertrag sowie das Vormundschaftsverhältnis. Als Strafdrohung schlägt Feuerbach — offensichtlich unter dem Einfluß des code pénal von 1891 — die Infamie vor. In § 372 seines Lehrbuchs wird nun das Verhältnis der Untreue zu anderen Tatbeständen behandelt. („Wird die Treulosigkeit einer in solchem Vertragsverhältnisse stehenden Person durch eine Handlung verübt, welche auch außer solchem Verhältnisse ein Verbrechen ist, z. B. durch Unterschlagung, Fälschung oder Betrug u. dgl., so kommen die Strafgesetze dieser Verbrechen zur Anwendung.") Es ergibt sich hieraus, daß nach Feuerbachs Ansicht die Untreue gegenüber der Unterschlagung teils der engere Tatbestand sein sollte, indem er sie auf bestimmte Rechtsverhältnisse beschränkte, teils aber der weitere, insofern sie begrifflich auch durch Unterschlagung begangen werden konnte. Die Möglichkeit einer idealen

[1]) Vgl. hierzu Garçon Art. 408 A. 2, Seidl, S. 12.

[2]) Darüber, daß er infolge der kasuistisch bestimmten Treuverhältnisse nicht ganz unserer „Veruntreuung" entspricht, sondern Züge der Untreue trägt, vgl. Cartier, S. 44.

[3]) Helmuth Mayer, der die Untreue für das historisch Primäre hält, meint, aus ihr habe sich die Unterschlagung als ein besonderer Untreuefall abgespalten, S. 20.

[4]) Feuerbach, §§ 370 ff., Feuerbach-Mittermaier, S. 595.

Konkurrenz, die damit gegeben wäre, schloß Feuerbach aber dadurch aus, daß er die Untreue ausdrücklich der Unterschlagung gegenüber für subsidiär erklärte. Hieraus kann man schließen, daß auch im § 398 des bayerischen Strafgesetzbuchs, der von der Untreue handelt, eine Subsidiarität des Tatbestandes vorgesehen war. Der zweite Halbsatz des § 398: „. . . wird dieser Treulosigkeit wegen nach folgenden Gesetzen bestraft, wenn nicht seine Handlung zugleich in Betrug, Unterschlagung oder eine andere schwerere Übertretung übergeht", soll eine solche Subsidiarität des Tatbestandes zum Ausdruck bringen, nicht etwa nur eine Subsidiarität der Strafdrohung nach den Grundsätzen der Idealkonkurrenz[1]), wie dies § 246 des preuß. StGB. von 1851 tut. Art. 398 bezieht sich nur auf die Untreue der in Artikel 399 genannten tauglichen Handlungssubjekte, nämlich Bevollmächtigte, Verwalter, Geschäftsführer, Depositarien, Gesellschaftsgenossen, alle nur in ihrer Eigenschaft als solche, außerdem auf Untreue der Rechtsanwälte (Art. 400). Ebenso ist aber in Art. 295 bei der Untreue der Vormünder und Kuratoren Subsidiarität des Tatbestandes vorgesehen, wie auch in Art. 296 für die Prävarikation.

Als Unterschlagung war im Bayerischen StGB. nur die Unterschlagung anvertrauter Sachen, also die „Veruntreuung" des heutigen Rechts mit Strafe bedroht (Art. 229, 230, und zwar nur bei den in Art. 231, 232 genannten Subjekten oder von dem in Art. 382 genannten Mindestwert der unterschlagenen Sache ab. Seit einer Verordnung vom 12. Mai 1816 wurde die Unterschlagung unabhängig vom Wert der Sache mit der Diebstahlsstrafe bedroht).

Das Oldenburgische Strafgesetzbuch vom 10. IX. 1814 übernahm in seinen Art. 234 bis 237, 300, 417 bis 419 wörtlich die bayerischen Bestimmungen über Untreue und Unterschlagung, auch die über deren Verhältnis zu einander. Ebenso wie das bayerische Gesetz sieht es übrigens auch den Ehebruch, den Feuerbach aus dem Geiste der Aufklärung heraus nur als Vertragsverletzung bewertet, als einen Unterfall der Untreue an. Die Strafbestimmungen gegen die Unterschlagung wurden auch in Oldenburg später durch eine Verordnung abgeändert (1836), ohne daß sich dadurch etwas an dem Verhältnis zur Untreue änderte.

Das Württembergische Strafgesetzbuch vom 1. III. 1839 kennt eine von der Unterschlagung begrifflich getrennte Untreue noch nicht, ebensowenig das Braunschweigische vom 10. Juli 1840. Beide kennen nur eine verstärkte Strafdrohung gegen die Unterschlagung bei bestimmten Täterklassen, wie öffentlichen Fuhrleuten, Pflegern, Kuratoren, Spediteuren, in Braunschweig auch Bevollmächtigten.

Das „Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover" vom 8. VIII. 1840, das weitgehend dem Bayerischen Strafgesetzbuch nachgebildet ist, enthält in Art. 219 eine dem Art. 295 des bayerischen Gesetzes entsprechende Bestimmung über die Untreue der Vormünder und Kuratoren, die der Unterschlagung gegenüber subsidiär ist. (. . . wenn sie sich nicht dabei einer Unterschlagung, eines Betruges oder eines anderen

[1]) Die Idealkonkurrenz war im Bayer. StGB. in Art. 110 Abs. 2 geregelt.

schweren Verbrechens schuldig machen.) Im Gegensatz zum bayerischen Gesetz fehlt ihm eine Bestimmung über die Untreue der Bevollmächtigten. Diese werden nur wie im Braunschweigischen Recht für den Fall der Unterschlagung mit einer verschärften Strafe bedroht. Ebenfalls im Gegensatz zum bayerischen Recht, das die Fundunterschlagung als einen Fall des Diebstahls ansah (Art. 212), rechnet sie das hannoversche Gesetz in Art. 305 ausdrücklich zur Unterschlagung.

Das „Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Baden" hat in § 539 eine der Unterschlagung gegenüber subsidiäre Strafbestimmung gegen die Untreue der Pfleger und Vormünder, deren Unterschlagungshandlung nach § 404 Nr. 2 als qualifizierte Unterschlagung bestraft wird.

Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 enthält in seinem 22. Titel mit der Überschrift „Untreue" den § 246, aus dem die Nr. 1 und 3 des § 266 RStGB. a. F. hervorgegangen sind. Dieser § 246 bestimmt in seinem dritten Absatz: „Ist durch die Handlung eine härtere Strafe begründet, so tritt nach den Grundsätzen des § 55 diese härtere Strafe ein." Diese Verweisung auf die Grundsätze der Idealkonkurrenz ist nicht etwa von der gleichen Wirkung wie die im bayerischen Gesetz vorgesehene Subsidiarität des Untreuetatbestandes, ein Unterschied, der nicht nur von theoretischer Bedeutung ist. Wenn z. B. ein Vater als Vormund seines Kindes an dessen Gut eine Unterschlagung begeht, so läßt § 228 des preußischen Strafgesetzbuches wegen der Unterschlagung Straflosigkeit eintreten. Da diese Unterschlagung jedoch mit Untreue ideal konkurriert, wird der Vater wegen letzterer bestraft[1]), während der Untreuetatbestand dann, wenn er der Unterschlagung gegenüber subsidiär wäre, nicht zur Anwendung käme. Dies berücksichtigten auch die Verfasser des Entwurfes (I) des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869. Seiner Untreuevorschrift (§ 240), die im wesentlichen mit ihrem Vorbild, dem § 246 des preußischen Strafgesetzbuches übereinstimmt, ist ein Absatz hinzugefügt, der für den Fall, daß die Untreue durch Verübung eines Diebstahls oder einer Unterschlagung von Eltern oder Großeltern gegen ihre Kinder oder Enkel begangen wird, die bei Diebstahl und Unterschlagung für diese Fälle vorgesehene Straflosigkeit ausdrücklich eintreten läßt. Auch in den Motiven zu diesem Entwurf wird betont, daß die Straflosigkeit der Eltern bzw. Großeltern hier besonders auszusprechen sei. Eine ausdrückliche Verweisung auf die Vorschriften der Idealkonkurrenz, wie sie sich in § 246 des Preuß. StGB. fand, ist dagegen weggelassen, durch den genannten neuen Absatz war ja aber auch die Möglichkeit der Idealkonkurrenz der Untreue mit anderen Delikten, insbesondere mit Unterschlagung

[1]) Die Kommission der Preußischen ersten Kammer hatte erwogen, § 228 auch auf die Untreue auszudehnen, hatte hiervon jedoch Abstand genommen, um die Frage, ob der Vater nach § 246 Pr. StGB. sich strafbar machen könne, der Praxis zu überlassen (Beseler, Anm. d. II a § 246 Pr. StGB.); Beselers Erwartung, die Praxis werde sich in einem solchen Falle für Straflosigkeit entscheiden, bewahrheitete sich, wie aus der Entscheidung des Preuß. Obertribunals Bd. 27,408 (zit. bei Rüdorff. Anm. 4 zu § 266 RStGB.) hervorgeht. Es kann sich hier aber folgerichtig nur um eine analoge Anwendung des § 228 Pr. StGB. handeln; einer solchen Analogie zugunsten des Täters stand nichts im Wege.

und Diebstahl, klar zum Ausdruck gebracht. Der Entwurf II vom 31. Dezember 1869, dessen § 261 unverändert als § 266 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund, des späteren Reichsstrafgesetzbuches, Gesetz wurde, ließ aber auch diesen Absatz fallen, so daß das neue Gesetz weder eine Bestimmung über Straflosigkeit der Untreue an Deszendenten noch eine eindeutige Antwort auf die Frage nach der Möglichkeit idealer Konkurrenz mit der Unterschlagung enthielt. Dabei wären Bestimmungen hierüber umso nötiger gewesen, als der Entwurf II — und somit das Strafgesetzbuch — gegenüber dem Entwurf I den Untreuetatbestand wesentlich erweiterte, indem er auch die Untreue der Bevollmächtigten unter Strafe stellte. Eine diesbezügliche Vorschrift hatte der § 246 des Preußischen Strafgesetzbuches nicht gekannt, im Gegensatz zu den bayerischen (Art. 399) und oldenburgischen (Art. 418) Gesetzen. Dies hatte sich als eine empfindsame Lücke erwiesen, da eine rechtswidrige Verfügung über Forderungen des Auftraggebers nach § 225 des Preußischen Strafgesetzbuches auch nicht als Unterlassung bestraft werden konnte, wozu allerdings die preußische Praxis hier und da neigte. Der § 225 des Pr.StGB. kannte als Handlungsobjekt der Unterschlagung nur eine bewegliche Sache. Das Sächsische Strafgesetzbuch stellte in Art. 287 Abs. 2 der Unterschlagung gleich, „wenn ein Geschäftsführer über Forderungen oder Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteile des Geschäftsherrn verfügt". Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund beließ es bezüglich des Handlungsobjektes der Unterschlagung bei der engeren Fassung des preußischen Gesetzes, nahm aber eine dem § 287 Abs. 2 Sächs. StGB. nachgebildete Bestimmung in seinen Untreuetatbestand auf.

§ 2.

Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung im Reichsstrafgesetzbuch vor dem Gesetz vom 26. Mai 1933.

a) Der Untreueparagraph des Reichsstrafgesetzbuches war, wie sich bald herausstellte, nicht eindeutig genug, um nicht zu den verschiedensten Auslegungen Anlaß zu geben. Es konnte nicht ausbleiben, daß auch die Antworten auf die beiden obengenannten Fragen, nämlich auf die nach der Straflosigkeit der Deszendentenuntreue, besonders aber auch die nach dem Verhältnis zur Unterschlagung verschieden ausfallen mußten, je nach der Ansicht über das Wesen der Untreue überhaupt. Wenn darum hier die bisherigen Versuche zur Klärung des Verhältnisses der Untreue zur Unterschlagung in der Hoffnung, aus ihnen auch für das geltende Recht einen Hinweis zu gewinnen, zusammengestellt werden sollen, so muß zunächst auf die verschiedenen Theorien über das Wesen der Untreue eingegangen werden.

Diese Theorien unterscheiden sich von einander durch ihre weitgehendere oder geringere Berücksichtigung der privatrechtlichen Stellung, die den Täter zu einem tauglichen Subjekt des Untreuetatbestandes macht. So rechnet Binding[1]) — und mit ihm Frank[2]), Gerland[3]), Leopold[4]), Liszt-Schmidt[5]), Hegler[6]), Heimberger[7]), Hirschfeld[8]), sowie andere Vertreter der sog. „Mißbrauchstheorie" — zu den Untreuehandlungen nur solche Handlungen, zu denen dem Täter diese seine Stellung nicht nur tatsächlich die Möglichkeit verschafft, sondern ihn auch rechtlich ermächtigt. Der Täter muß seine „ihm gesetzlich zuerkannte Machtstellung"[9]), seine „auf Gesetz oder Vertrag beruhende Vertretungsmacht"[10]) mißbrauchen und dadurch das fremde Vermögen, dessen „berufener Vertreter"[11]) er ist, schädigen, um Untreue zu begehen. Er muß innerhalb seiner Verfügungsmacht, seines rechtlichen Könnens[12]), also des Außenverhältnisses handeln, damit aber

---

[1]) Lehrbuch, bes. Teil I, S. 396.
[2]) § 266, I.
[3]) S. 649.
[4]) S. 25, 27 u. a., insbes. 67.
[5]) S. 655, anders früher Liszt, vgl. 21. u. 22. Aufl., S. 445, wo Schmidts Zusatz: „Durch Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht" fehlt.
[6]) S. 60.
[7]) S. 133.
[8]) S. 1.
[9]) Binding.
[10]) Gerland.
[11]) Binding.
[12]) Grünhut, der die Auffassung Bindings zwar für kriminalpolitisch unbefriedigend ansieht, aber sie für die Auffassung des geltenden Rechts hält (1929, also § 266 a. F.), definiert: „Untreue ist ein Überschreiten des rechtl. Dürfens im Rahmen des rechtl. Könnens" (S. 125).

seine Pflichten aus dem dieser seiner Vollmacht zugrundeliegenden Innenverhältnis verletzen. Zu seiner Stellung, kraft deren er handelt, muß er zivilrechtlich gültig bestellt sein[1]). Sie befugt ihn nur zu rechtsgeschäftlichem Handeln; nur durch Rechtsgeschäfte kann er im Rahmen seiner Ermächtigung das ihm anvertraute Vermögen schädigen. Schädigt er durch eine nicht rechtsgeschäftliche, rein tatsächliche Handlung, so kann eine solche Handlung wohl den Tatbestand eines anderen Deliktes erfüllen, niemals aber kann sie den Charakter einer Untreuehandlung haben. Eignet sich der Täter z. B. eine fremde bewegliche Sache aus dem ihm anvertrauten Vermögen zu, die er in Gewahrsam hat, so ist das eine Unterschlagung, nach der Ansicht der Mißbrauchstheorie nicht aber außerdem Untreue, denn zum Unterschlagen ist er nicht ermächtigt[2]). Dies Ergebnis folgt zwingend aus der Mißbrauchstheorie, wie auch ihre Gegner zugeben[3]). Daß so vermieden wird, daß die Verbrechensbegriffe in einander übergreifen, ist für Binding ein Beweis für die Richtigkeit seiner Theorie[4]).

Die Bindingsche Lehre allerdings, wie sie Oetker[5]) und Ziegler[6]) verstehen, steht in sehr viel gelockerterem Zusammenhange mit dem Zivilrecht. Das Feld für Untreuehandlungen bei Binding sehen zwar auch sie in der Spanne zwischen der dem Täter rechtsgültig zuteil gewordenen äußeren Legitimation einerseits und dem inneren Auftrag andererseits. Binding habe aber die Vollmachtsstellung des Täters nicht im Sinne des bürgerlichen Rechtes begrenzt, sondern für Binding sei Vollmacht „die rechtliche Macht zu rechtserheblichem, nicht nur rechtsgeschäftlichem Handeln und Unterlassen mit Wirkung für einen Anderen, wenn auch nicht in dessen Vertretung"[7]). Mir scheint Binding von den Vertretern der Mißbrauchstheorie (s. o.) richtiger interpretiert worden zu sein. Wenn Binding (Lehrb. bes. Teil I S. 398) empfiehlt, die in § 266 Nr. 3 a. F. genannten Personen mit Ausnahme des Versteigerers aus dem Untreuetatbestand zu streichen, da sie nicht mit der den Subjekten echter Untreue eigentümlichen Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen begabt seien, so doch deshalb, weil diesen Personen keine Vertretungsmacht übertragen ist, ihnen

[1]) Vgl. Binding, a. a. O., S. 398 u. für § 266 Z. 2, S. 400.

[2]) Binding a. a. O., S. 397, Frank Anm. III, Gerland S. 650, 651, Liszt-Schmidt S. 655 u. a.

[3]) Mayer (Die Untreue S. 109/10) führt allerdings Beispiele an, wo nach s. Ans. auch die Mißbrauchstheorie nicht zu einer klaren Scheidung der beiden Tatbestände kommen könne, so wenn ein Bevollmächtigter unter dem ihm gesetzten Limit oder nach Ablauf seiner Vollmacht, die jedoch, da sie extern erteilt war, Dritten gegenüber noch gültig ist, verkauft. Mit Recht hält Francke (S. 24 Anm. 18) diese Beispiele für von Mayer falsch entschieden. Denn entweder verkauft der Bevollmächtigte für seinen Vollmachtgeber, dann liegt keine Unterschlagung vor, oder er verkauft für sich, dann ist er hierzu durch die Vollmacht nicht rechtlich ermächtigt, sondern nur tatsächlich befähigt, so daß nach der Bindingschen Ansicht kein Untreuefall vorliegt.

[4]) Binding, Handb. S. 397.

[5]) G. S. 94, S. 285.

[6]) Ziegler, S. 17.

[7]) Oetker, S. 285. Oetker will so den „wahren Gehalt der Bindingschen Lehre" charakterisieren, die ihm auch in dieser Form zu eng ist (S. 287). Ziegler stellt sich auf den Boden der so ausgelegten Bindigschen Lehre.

folglich keine Vollmacht im bürgerlich-rechtlichen Sinne zusteht. Eine rein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit dieser Personen wird Binding nicht haben leugnen wollen.

Bezüglich des Verhältnisses der Untreue zur Unterschlagung kommt auch Ziegler zu demselben Ergebnis wie die Vertreter der Mißbrauchstheorie, daß nämlich die Untreue nur in ihrer eigenen Form begangen werden könne, da die Legitimation des Täters nicht auf Zueignung fremder Sachen gehe[1]).

Zu einem anderen Ergebnis kommen diejenigen, die in Gegensatz zur Lehre Bindings das Wesen der Untreue in der Verletzung der sich aus der Stellung des Täters ergebenden Rechtspflicht zur Fürsorge für fremdes Vermögen sehen[2]), sei es nun, daß ihnen wie Oppenheim und Dürr diese Rechtspflicht Schutzobjekt des Untreuetatbestandes oder wie Freudenthal und Olshausen ihre Verletzung typisches Begehungsmittel ist. Auch die Untreue im Bindingschen Sinne enthält zwar eine solche Pflichtverletzung, doch mußte dort der Vormund gerade als Vormund, der Vertreter als Vertreter usw. gehandelt haben. Nach dieser Theorie jedoch ist nicht nur eine Pflichtverletzung durch Mißbrauch der Vollmachtsstellung Untreue, sondern jede, zu der der Täter durch seine Machtstellung tatsächlich in die Lage gesetzt wurde, auch wenn er nicht zu ihr rechtlich ermächtigt ist. Als Grund hierfür und für die Ablehnung der Bindingschen Ansicht führt Freudenthal[3]) an, die aus der Bindingschen Ansicht vom Wesen der Untreue sich ergebende Folgerung, die Untreue könne nicht in der Form der Unterschlagung usw. begangen werden, könne nicht zugegeben werden aus „mannigfachen Gründen". Dies solle bei der Besprechung des Verhältnisses der Untreue zu anderen Strafgesetzen nachgewiesen werden. Auf Seite 123 sind diese Gründe dann angegeben. Es ist dies einmal eine zutreffende Widerlegung der historischen Beweisführung Bindings (Daraus, daß im RStGB. der auf die Grundsätze idealer Konkurrenz verweisende Abs. 3 des Preuß. StGB. fortgelassen sei, dürfe noch kein Ausschluß der allgemeinen Vorschriften über die Idealkonkurrenz gefolgert werden. Daß, wie Binding annimmt, neue Tatbestände sich ohne Übergreifen an schon bestehende schlössen, sei, wenn auch wünschenswert, so doch nicht immer möglich). Im übrigen bestehen aber die „mannigfachen Gründe" darin, daß gesagt wird, Bindings Ansicht über das Wesen der Untreue sei, wie schon gesagt, falsch und somit auch die aus ihr sich ergebende Folgerung über das Verhältnis zur Unterschlagung. Freudenthal widerspricht somit Bindings These mit dem Argument, die aus ihr gezogene Folgerung sei abzulehnen; diese Folgerung lehnt er mit der Begründung ab, daß der These widersprochen werden müsse.

---

[1]) Ziegler, S. 32, 33.

[2]) So Beling, Grundzüge S. 75; Freudenthal, S. 115 ff.; Draheim, S. 18; Olshausen, § 266, Nr. 1; Dürr, S. 5 u. a. Früher ähnlich Berner, S. 591, Hälschner II. S. 393, 394. Auch Liszt gehörte zu dieser Gruppe, ehe ihn Schmidt im Sinne der Mißbrauchstheorie auslegte (s. o. S. 11 Anm. 5). Schon Oppenheim bezeichnete es als das einzige, was die Handlungen des § 266 gemeinsam hätten, „daß sie sich gegen bestimmte obligatorische Pflichten richten" (S. 287, vgl. a. S. 191).

[3]) S. 116.

Im übrigen ist wohl Freudenthal zuzugeben, daß strafwürdige Fälle, die die Mißbrauchstheorie straflos lassen muß, unter seine Definition des Wesens der Untreue passen. Er erwähnt hier als Beispiel den Bevollmächtigten, der zum Nachteil des Vollmachtgebers vertauscht, statt zu verkaufen, obwohl nur ein Verkauf innerhalb seiner Vollmacht, also seiner Zuständigkeit lag[1]). Zu einer klaren Abgrenzung der Untreue gegen die Unterschlagung kommt diese Theorie nicht. Da es nur darauf ankommen soll, ob der Täter zu seiner Pflichtverletzung durch seine Stellung tatsächlich in die Lage gesetzt wird, beschränkt sich der Kreis der Untreuehandlungen nicht mehr auf Rechtsgeschäfte. Wenn ein Subjekt des § 266 eine bewegliche Sache aus dem seiner Obhut unterliegenden Vermögen sich zueignet, so begeht er nach dieser Theorie nicht nur Unterschlagung, sondern zugleich Untreue in Idealkonkurrenz.

Von einer anderen Gruppe[2]) wird die Untreue als Treubruch bezeichnet, durch den der Täter unter Verletzung des Vertrauensverhältnisses, das ihn mit dem Vermögensträger verbindet, dessen Vermögen schädigt. Olshausen[3]) in Anschluß an Freudenthal[4]) hält diese Definition von seiner Ansicht, die die Untreue als Verletzung der Pflicht zur Vermögensfürsorge ansieht, soweit unterschieden, daß er hier von zwei sich selbständig gegenüberstehenden Theorien spricht[5]). Er wendet ihr gegenüber ein, daß besonders in den Fällen des § 266 Ziff. 2 kein Vertrauensverhältnis vorzuliegen brauche und keine Treupflicht, die gebrochen werden könne. Es ist aber wohl Schwinge-Siebert Recht zu geben, die einen Unterschied der beiden Anschauungen nur in der größeren Unabhängigkeit vom Zivilrecht sehen, insoweit nämlich manche Vertreter der sog. „Treubruchstheorie"[6]), insbesondere die Rechtsprechung des RG. (s. u.), eine Treupflicht auch dann für gegeben ansehen, wenn kein nach bürgerlichem Recht gültiges Rechtsverhältnis zwischen Täter und Geschädigtem besteht.

Im übrigen scheint es mir wesentlich eine Frage des Ausdruckes zu sein, ob man von einer Treupflicht oder von einer Pflicht zur Vermögensfürsorge spricht, soweit man sich darüber einig ist, daß nur das Vermögen schädigende Handlungen unter § 266 fallen[7]). Wer Teile des Vermögens oder das ganze Vermögen eines anderen in seiner Obhut hat, schuldet diesem eine getreue Ausführung seiner Pflichten, so daß man m. E.

[1]) Hiergegen wendet Leopold S. 63/64 ein, in solchen Fällen sei meistens der Tatbestand der Unterschlagung erfüllt.

[2]) Allfeld, S. 486; Ebener, S. 63, 93; Amonn, S. 2; Lp. Komm. § 266, Anm. 2.

[3]) § 266, Anm. 1.

[4]) S. 114 ff.

[5]) Ähnlich Dahm, S. 334.

[6]) Hierher gehört auch Hippel, obwohl er als Mittel der Untreue Mißbrauch anvertrauter Vertretungsmacht bezeichnet (Lehrb. S. 263). Das ergibt sich daraus, daß er diese Vertretungsmacht nicht zivilrechtlich versteht (S. 264), sondern ihm genügt, daß dem Täter eine Vertrauensstellung eingeräumt wird, die ihm tatsächliche Einwirkungen auf Vermögensstücke des Auftraggebers ermöglicht.

[7]) Rubo § 266 Anm. 4; Hugo Meyer, S. 487 und Amonn S. 44, 59 wollen auch einen Schaden, der ideeller Natur ist, unter § 266 fallen lassen, die beiden letzteren jedoch nur bei Ziff. 1 u. 3.

auch von einer Treupflicht des Bevollmächtigten gegenüber dem Vollmachtgeber sprechen kann[1]).

Bezüglich unserer Frage nach dem Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung kommen die beiden Anschauungen zu dem gleichen Ergebnis. Da eine rechtswidrige Zueignung einer beweglichen Sache zweifellos eine Verletzung eines etwa zwischen dem Täter und dem Eigentümer bestehenden Treueverhältnisses darstellt, kommt die „Treubruchstheorie" folgerichtig auch zu dem Ergebnis, daß die Untreue in der Form der Unterschlagung begangen werden kann[2]). Hiermit ist nicht gesagt, daß jede Unterschlagung, die eine der in § 266 a. F. genannten Personen an einer Sache begeht, die einem von ihr Betreuten gehört, als Untreue strafbar ist, sondern die Unterschlagung muß ihr gerade durch ihre Stellung ermöglicht werden.

Noch in einem anderen Fall verneint auch die „Treubruchstheorie" eine Idealkonkurrenz zwischen Untreue und Unterschlagung: Wenn ein Bevollmächtigter eine Forderung seines Vollmachtgebers für sich einzieht und sich den eingezogenen Geldbetrag zueignet, ist er nur wegen Untreue strafbar. Dieser Fall ist im Anschluß an RG. 42, 420 in der Literatur mehrfach besprochen. Das RG. verneint hier das Vorliegen einer Unterschlagung, weil mit der Einziehung, in der es die Untreuehandlung erblickt, auch die Zueignung seitens des Täters beendet sei, was eine spätere nochmalige Zueignung durch den Täter ausschließt. In dem mit der Einziehung zusammenfallenden Zueignungsakt könne aber deshalb keine Unterschlagung gesehen werden, „ weil die Unterschlagung begrifflich voraussetzt, daß sich der Gegenstand zu der Zeit, da die Aneignung erfolgte, bereits im Besitz oder Gewahrsam des Täters befindet". Aus diesen Sätzen des RG. gelangt somit nicht eine „Alternativität des „Verfügens" (§ 266 Ziff. 2) und „Aneignens" zum klaren Ausdruck"[3]), sondern das RG. verneint, ohne grundsätzlich die Vereinbarkeit von Untreue und Unterschlagung abzulehnen, die Unterschlagung im vorliegenden Fall, da die Besitzergreifung hier nicht der Zueignungshandlung vorangeht, sondern diese zeitlich zusammenfallen. Auch der Leipziger Kommentar[4]) verneint für diesen Fall aus demselben Grunde das Vorliegen einer Unterschlagung, da es an dem in § 246 aufgestellten Erfordernis fehle, „daß die Sache, die sich der Täter rechtswidrig aneignet, vorher in seinem Besitz oder Gewahrsam war". In Anm. 3a zu § 246[5]) fordert aber derselbe Kommentar,

[1]) Auch Pfeiffer (S. 84) leugnet nicht etwa, wie dies Rothschild (S. 13) von ihm behauptet, jeglichen Unterschied der beiden Anschauungen, sondern sieht den Unterschied eben darin, ob man das „Vorliegen strafbarer Untreue unabhängig von der zivilrechtl. Gültigkeit sowohl der Vollmacht, als auch des Grundgeschäftes" bejahe oder ob man in ihr „eine sich aus zivilrechtl. Grundsätzen ergebende Rechtsfolge" sehe.

[2]) Allfeld, S. 487; Amonn, S. 89; Ebener, S. 93; Lp. Komm. § 266, Anm. 22.

[3]) So Honig, S. 102. Honig versteht unter „Alternativität" eine Verschiedenheit der Mittel, der eine Unvereinbarkeit der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale entspricht (S. 99).

[4]) § 266, Anm. 22 (von Eichelbaum).

[5]) von Lobe.

man solle sich von der Auffassung frei machen, daß immer ein Gewahrsam der Zueignung vorausgehen müsse. Vielmehr könne „Zueignung und Besitznahme ebensogut zusammentreffen, insbesondere dann, wenn durch diese jene betätigt werden soll". Solche Widersprüche sind die Folge, wenn man den Begriff der Unterschlagung, der de lege lata eben einen dem Zueignungsakt zeitlich vorausgehenden Gewahrsam verlangt, gegen seinen ausdrücklichen Wortlaut auslegt, um gewisse strafwürdige Fälle, wie z. B. die Fundunterschlagung unter ihn subsumieren zu können. Zum mindesten jetzt, wo § 2 StGB. in der Fassung vom 28. VI. 1935 eine entsprechende Anwendung des Strafgesetzes gestattet, sollte man doch zugestehen, daß es sich bei der Bestrafung von Fällen, bei denen Besitzergreifung und Zueignung zusammenfallen, um eine solche analoge Anwendung des § 246 und nicht um eine unmittelbare handelt. Läßt man es aber für § 246 genügen, daß die Aneignung mit der Erlangung des Besitzes oder Gewahrsams zusammenfällt, und ist man außerdem der Ansicht, daß durch eine solche Einziehung von Forderungen Untreue begangen werden kann[1]), so muß man folgerichtig Schwartz[2]) recht geben, der auch hier Idealkonkurrenz von Untreue und Unterschlagung annimmt. Nur ist dies bei Schwartz wiederum weniger folgerichtig, denn er stellt in Anmerkung 3c zu § 246 fest, das Gesetz verlange unzweideutig, daß die Gewahrsamserlangung der Aneignung vorangehe und fordert darum für das Vorliegen einer Fundunterschlagung einen besonderen Zueignungsakt, der dem Ansichnehmen nachfolgt.

Am weitesten vom Zivilrecht entfernt sich H. Mayer in seiner Monographie „Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen"[3]). Auch er sieht in der Untreue den Bruch eines Vertrauensverhältnisses[4]). Hierbei können nicht nur zivilrechtlich gültige, sondern auch rein tatsächliche Vertrauensverhältnisse vom Strafrecht geschützt werden (S. 247), da nach Ansicht Mayers der Begriff des Bevollmächtigten des § 266 StGB. nicht mit dem des heutigen Zivilrechts gleichzusetzen ist (S. 228). Die Untreuesubjekte der Ziff. 1 u. 3 können nach Mayer durch jede pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung Untreue begehen, das „zum Nachteil verfügen" der Ziff. 2 erfordert eine „tatsächliche Entfremdung anvertrauten Vermögens". Ob eine Handlung pflichtwidrig ist, ergibt sich auch nicht aus dem Zivilrecht, sondern muß im Einzelfall vom Strafrichter entschieden werden (S. 341, 342).

Was das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung anbelangt, so ist nach Mayers Ansicht der Zweck der Untreuestrafbestimmungen, für die Subjekte des § 266 die Lücken der engen Tatbestände der übrigen Vermögensverbrechen, unter ihnen auch der Unterschlagung, auszufüllen. Die

[1]) a. M. Frank, § 266, Anm. III.

[2]) § 266 Anm. 7.

[3]) Vgl. zu dieser Oetker, in GS. Bd. 94, S. 277 ff. und Koffka, in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 48, S. 701 ff., Olshausen § 266 Anm. 1.

[4]) S. 121.

Untreuebestimmung sei somit subsidiär (S. 116). Wenn Mayer später (S.308) von einer „alternativen Gesetzeskonkurrenz" zwischen Untreue einerseits und Diebstahl und Unterschlagung anderseits spricht, so meint er damit nicht Alternativität in dem oben[1]) erwähnten Sinne Honigs, was eine Unvereinbarkeit der Tatbestandsmerkmale in sich schließen würde, auch nicht im Sinne P. Merkels[2]), daß nämlich das eine Gesetz ebensogut wie das andere angewendet werden könne, wobei der Richter die Wahl habe, sondern „alternativ" heißt offensichtlich für Mayer nur, daß, wenn beide Tatbestände erfüllt sind, trotzdem nur das eine Gesetz angewendet werden kann, wobei das andere, die Untreuebestimmung stets zurückzutreten hat. Mayer würde auch hier besser von subsidiärer, statt von alternativer Gesetzkonkurrenz sprechen[3]). Von einem Spezialitätsverhältnisse konnte Mayer mit Recht deswegen nicht sprechen, weil ja die Unterschlagung, die wohl Tatbestandsmerkmale aufweist, die dem Untreuetatbestand fremd sind, nicht alle Merkmale des Untreuetatbestandes enthält, denn ihr fehlt die Bestimmung bestimmter Subjekte des § 266 a. F. Auch war nicht etwa die qualifizierte Unterschlagung, die Veruntreuung, lex specialis zu § 266 Ziff. 2. Denn der, dem eine fremde bewegliche Sache anvertraut ist, ist deswegen noch nicht Bevollmächtigter. Umgekehrt fehlt dem Untreuetatbestand das Erfordernis einer fremden beweglichen Sache.

Damit, daß das RStGB. nicht die Bestimmung des Entwurfs I des StGB. für den Norddeutschen Bund enthält, die für den Fall, daß die Untreue durch einen Diebstahl oder eine Unterschlagung von Eltern oder Großeltern gegen ihre Kinder oder Enkel verübt wird, Straflosigkeit vorsah[4]), fehlt ihm, wie wir sahen, nicht nur eine gesetzliche Bestimmung, aus der man zweifelsfrei das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung feststellen konnte, sondern auch eine ausdrückliche Regelung der Untreue gegen den Deszendenten. Inhaber elterlicher Gewalt als solche waren allerdings nach § 266 a. F. keine tauglichen Untreuesubjekte. Die Vertretungsmacht des Vaters beruht auf dem Gesetz (§ 1630 BGB.), ebenso die der Mutter[5]) (§ 1685 BGB.). Vollmacht aber, wie sie der § 266 a. F. voraussetzte, ist rechtsgeschäftlich begründete Vertretungsmacht[6]). Doch kann ein Elternteil zu seinem Kinde in eines der in § 266 a. F. auf-

[1]) S. 15.

[2]) S. 197.

[3]) Der Ansicht Mayers, daß die Untreue der Unterschlagung gegenüber subsidiär sei, schließt sich Rich. Schmidt (S. 246) an.

[4]) S. o. S. 9.

[5]) Auch der der Mutter gem. 1687 BGB. bestellte Beistand kann nicht Untreue im Sinne des § 266 Ziff. 1 begehen, denn er ist nicht Vormund oder Curator, sondern unterstützt die Mutter in Ausübung ihrer elterlichen Gewalt (RG. 35, 338).

[6]) Die Vollmacht des § 266 Ziff. 2 braucht sich allerdings nicht auf ein besonderes Rechtsgeschäft zu gründen, es genügt, wenn sie als Nebenfolge eines Vertragsverhältnisses eintritt, nach der Rechtsprechung des RG. (RG. 39, 385 u. a.) kann sie sogar auf dem öffentl. Recht beruhen. Eine aus einem familienrechtl. Verhältnis sich ergebende Verfügungsmacht gehört jedoch nicht hierher.

gezählten Verhältnisse treten[1]). Es kann beispielsweise der Vater von seinem mündigen Kind bevollmächtigt werden. Wird ein Volljähriger entmündigt, so sind sein Vater, seine Mutter und seine Großväter von väterlicher und mütterlicher Seite nacheinander als Vormünder berufen (§ 1899 mit §§ 1776 u. 1778 BGB.). An sich besteht kein Bedürfnis, jemanden gegen Untreuehandlungen seines zum Vormund bestellten Vaters oder seiner zum Vormund bestellten Ehefrau (§ 1900 BGB.) schutzlos zu lassen. Es fragt sich nur, ob es nicht dem Rechtsgedanken des § 247 Abs. 2 widerspricht, dann wegen Untreue zu bestrafen, wenn die Untreuehandlung in einer Unterschlagung oder einem Diebstahl bestand. Diese Frage konnte naturgemäß für die nicht entstehen, die mit Binding die Möglichkeit eines Zusammentreffens von Untreue mit Diebstahl oder Unterschlagung überhaupt verneinen. Nach ihrer Ansicht begeht der zum Vormund bestellte Vater entweder eine Unterschlagung, dann ist er nach § 247 Abs. 2 straflos, oder sein Handeln stellt sich als Untreue dar, dann spricht kein Grund für eine Anwendung des § 247. Wohl aber stellt sich denen die Frage, die eine solche Idealkonkurrenz dem Wesen der Untreue nach für möglich halten. v. Schwarze[2]), der eine solche Idealkonkurrenz bejaht, tritt dann auch für Straflosigkeit ein („besteht die Untreue in einem Diebstahle oder Unterschlagung seitens des Vaters etc. als Vormund etc., so tritt die Spezialvorschrift in § 247 ein"[3]). Die herrschende Meinung und die Praxis verneinen die Möglichkeit einer Anwendung des § 247 auf Untreuefälle, denn bei einer Idealkonkurrenz werden nicht nur die Strafdrohung des milderen Gesetzes, sondern auch seine Strafausschließungsgründe durch das schärfere Gesetz verdrängt. Den gesetzgeberischen Grund für eine verschiedene Behandlung der Unterschlagung und der Untreue gegen Deszendenten sieht RG. 16, 343 darin, daß bei der Untreue der Ziff. 1 und 3 zugleich die Verletzung einer öffentlichen Funktion in Frage steht. Daß der Gesetzgeber tatsächlich keine Straffreiheit beabsichtigte, schließt das RG. daraus, daß er den die Straflosigkeit vorsehenden Absatz des § 240 des Entwurfs I zum StGB. für den Nordd. Bund[4]) nicht in das Gesetz übernahm. Amonn[4]) erklärt diese Entscheidung des Reichsgerichts für unrichtig, denn die Kommission der Ersten preußischen Kammer habe ausdrücklich diesen Absatz weggelassen, um seine Entscheidung der Praxis zu überlassen. Allerdings hatte diese Kommision sich dahingehend erklärt, doch handelte es sich dabei um §§ 228 und 246 des

[1]) Vgl. auch die Rechtsprechung des RG. für das Rheinische Recht (code civil). R. 6, 666 verneint, daß jemand, der als Vater das Vermögen seiner minderjährigen Kinder verwaltet, unter § 266 Ziff. 1 fällt, eine Entscheidung, die deswegen Bedeutung hatte, da es nach dem Recht des code civil bestritten war, ob ein Vater gem. § 389 kraft vormundschaftlicher oder unmittelbar elterlicher Gewalt das Vermögen seiner Kinder verwaltete; hingegen läßt R. 9, 580 den Vater, der nach dem Tode der Mutter nach § 390 code civil gesetzl. Vormund seiner Kinder wird, unter § 266 Ziff. 1 fallen, und zwar bestraft ihn R. 9, 635 auch dann, wenn durch die Untreuehandlung zugleich eine Unterschlagung verübt wird, eine Frage, die R. 6, 666 im Hinblick auf § 247 Abs. 2 StGB. noch dahingestellt ließ.

[2]) § 266 Anm. Nr. 6.

[3]) s. o. S. 10.

[4]) S. 92.

Pr. StGB. Das Reichsgericht hingegen spricht von dem Gesetzgeber des Strafgesetzbuches für den Nordd. Bund und von § 240 des Entwurfs zu diesem Gesetz. Amonns Einwand beruht somit auf einer Verwechslung. Hingegen ist Amonn Recht zu geben, daß aus dem „Ausschluß der Analogie im Strafrecht" noch nicht, wie das RG. behauptet, auf die Unmöglichkeit einer Anwendung des § 247 auf die Untreue geschlossen werden braucht, denn diese Analogie wäre ja nicht zu ungunsten des Täters vorgenommen worden. Auch Amonn kommt aber zu dem von ihm bedauerten Ergebnis, daß § 247 nur für Diebstahl und Unterschlagung und nicht bei einem Zusammentreffen mit Untreue Anwendung zu finden habe, da die Aufzählung von Diebstahl und Unterschlagung dem Willen des Gesetzgebers nach habe abschließend sein sollen. Dem ist zuzustimmen.

Ein Bedürfnis für eine Ausdehnung der Vorschrift des § 247 Abs. 2 war auch nach dem bisherigen Rechtszustand noch nicht dringend, da § 266 a. F. ein über die familienrechtliche Beziehung hinausgehendes Verhältnis voraussetzte und ein Schutzbedürfnis eines Mündels gegen seinen Vormund, eines Vollmachtgebers gegen den Bevollmächtigten auch Verwandten gegenüber besteht. Diesem Schutzbedürfnis wird durch eine Strafdrohung vollkommener genügt, als nur durch die Aufsicht der Obervormundschaftsbehörde, auf die Amonn hier bezüglich Ziffer 1 verweist. Begründet erscheint mir jedoch der Wunsch nach einem Strafausschließungsgrund, wenn der Inhaber elterlicher Gewalt als solcher von der Untreuestrafdrohung bedroht ist. Hierüber soll unten bei der Besprechung des geltenden Rechtszustandes noch gesprochen werden.

b) Der Satz, daß eine Beurteilung des Verhältnisses des § 266 a. F. zur Unterschlagung davon abhängt, wie man das Wesen der Untreue beurteilt[1]), also wie man den § 266 a. F. auslegt, gilt wie für die Theorie auch für die Rechtsprechung. Es muß darum an dieser Stelle zunächst darauf eingegangen werden, welche Auslegung das Reichsgericht dem § 266 a. F. gab.

Es finden sich nun einige Entscheidungen, die den Anschein erwecken, als ob das Reichsgericht auf dem Boden der Bindingschen Mißbrauchstheorie gestanden hätte. So verneint RG. 28,155 das Vorliegen von Untreue, weil die Täter, die — der eine als Handlungsgehilfe, der andere als Handlungslehrling - Bevollmächtigte im Sinne des § 266 Z. 2 waren, außerhalb der den Bevollmächtigten obliegenden Befugnisse gehandelt hätten. Die Täter, die zum Verkauf bevollmächtigt waren, hatten Waren verschenkt, statt sie zu verkaufen. Die Anwendbarkeit des § 266 Z. 2 sei aber ausgeschlossen, sobald die den Auftraggeber benachteiligenden Verfügungen „nicht mehr zu denjenigen Geschäften gehören, zu deren Vornahme er" (der Bevollmächtigte) „vermöge der ihm erteilten Vollmacht berechtigt war". Zu Unrecht will RG. 32,26 die obige Entscheidung dahin interpretieren, daß die Vorschrift des § 266 Z. 2 nur „dann keine Anwendung finde, wenn die benachteiligende Verfügung außerhalb jeden Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrag stehe" und in dieser Entscheidung nicht habe „ausgesprochen werden sollen, daß der § 266 Nr. 2 nur Anwendung finde, wenn der Bevollmächtigte eine solche Handlung vorge-

[1]) Vgl. oben S. 11.

nommen habe, zu deren Vornahme er berechtigt war", denn tatsächlich ist dies in der zitierten Entscheidung sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn nach ausgesprochen. Ein Urteil des III. Senats vom 2. VII. 1931 (RG. 65, 333 u. JW. 1931 S. 1383 Nr. 33) definiert das Wesen der Untreue als „mißbräuchliche Ausnützung der Vertretungsmacht zum Nachteil des Vertretenen". Grünhut[1]) bedauert, daß diese Entscheidung „an dem formalen Standpunkt der Mißbrauchstheorie festhält". Auch Gerland[2]) sieht diese Entscheidung als „eindeutig auf dem Standpunkt der Mißbrauchstheorie", er begrüßt sie, ebenso wie die Entscheidung desselben Senates vom 10. XII. 1932[3]), welche Untreue eines Ehemannes verneint, da seine Handlung kein Mißbrauch der ihm als Verwalter des Gesamtgutes zustehenden Verfügungsbefugnis sei. Ähnlich nennt RG. 66, 206 als Voraussetzung der Untreue, daß eine bestehende Vertretungsmacht mißbraucht werde.

Diesen Entscheidungen, auf die unten noch eingegangen werden soll, steht aber die übrige Rechtsprechung des RG. entgegen, die das Wesen der Untreue, teils ausdrücklich, teils sinngemäß in der Verletzung eines Treuverhältnisses oder einer Rechtspflicht sieht. (RG. 1,172 (174); 29,415 (419); 41,264 (266); 61,228 (230); 64,86 (87) und die dort angegebenen Entscheidungen sowie viele andere mehr).

Es zeigt sich somit wieder, daß die Worte „Mißbrauch" oder „Treubruch" noch kein Kriterium für die Art der Anschauung vom Wesen der Untreue darstellen, sondern daß diese sich eindeutiger darin offenbart, inwieweit die Tatbestandsmerkmale des § 266 als vom Zivilrecht abhängig angesehen werden. Auch hier scheinen wir beim RG. zunächst auf Widersprüche zu stoßen. Diese scheinbaren Widersprüche haben zu einer interessanten Polemik Anlaß gegeben. So sieht Bendix[4]) einen unvereinbaren Widerspruch darin, daß das RG. in 56,121 die Frage, ob ein Vermögensstück, über das der Bevollmächtigte verfügt, zu seinem Vermögen oder zu dem des Auftraggebers gehört, „ausschließlich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts" entschieden wissen will, auch in RG. 63,334 (336) nur den als Bevollmächtigten im Sinne von § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. ansieht, der zu einem rechtsgeschäftlichen Handeln gegenüber einem Dritten bestellt ist[5]), während es anderseits in RG. 63,406 (407) das durch § 266 Abs. 1,2 geschützte Treuverhältnis schon dann vorliegen läßt, wenn dem Täter eine tatsächliche oder rechtliche Verfügungsmacht durch eine Vertrauens- oder Machtstellung eingeräumt sei, „ohne Rücksicht auf die zivilrechtliche Gestaltung der in Betracht kommenden Rechtsbeziehungen". Bendix wirft nun dem Reichsgericht vor, es entscheide ohne Grundsätze aus Opportunitätsgründen einmal nach bürgerlichem Recht, einmal unabhängig von diesem. Er zieht hieraus weitgehendste Folgerungen und glaubt,

[1]) JW. 1931, S. 1383.
[2]) JW. 1933, S. 609.
[3]) JW. ebendort.
[4]) JW. 1931, S. 176 ff.
[5]) Der Zweite Senat verneint in der zit. Entscheidung mit dieser Begründung die Bevollmächtigten-Eigenschaft des Verwahrers.

den liberalen Geist der Weimarer Verfassung, der eine Auslegung zugunsten des Täters erfordere, schützen zu müssen gegen eine Auslegungsmethode, der „das der konservativen Weltanschauung entstammende Obrigkeitsideal des Opfers und der Unterwerfung des Staatsbürgers unter das, was der jeweilige Richter für das allgemeine Beste hält", zugrunde liege! Auch sei der § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. von unseren Strafgerichten zum „Herrschaftsmittel" für die Kapitalbesitzer über die von ihnen abhängigen kapitalschwachen Vermittler und Kommissionäre" gemacht worden. Vom Reichsgericht werde in einer „typisch asozialen Haltung" „die Freiheit und Ehre des Staatsbürgers, der in die bedenkliche Nähe der Strafgesetze gekommen ist, nicht so hoch bewertet, wie die Aufrechterhaltung der bestehenden Güterverteilung und ihr deshalb sogar mit sittlicher Betonung und Selbstbefriedigung geopfert". Wesenszug einer solchen Rechtsprechung sei es, „den wirtschaftlich Starken und Gesicherten vor dem wirtschaftlich Schwächeren und Ungesicherteren (Abhängigen)" zu schützen. Ohne daß auf die übrigen Teile dieser weithergeholten Argumentation, die für uns heute nur noch von historischem Interesse sind, eingegangen werden soll, muß doch festgestellt werden, daß die Beispiele, die Bendix anführt, zum Beweis einer „typisch unsozialen Haltung" der Rechtsprechung recht ungeeignet sind. Er führt einmal[1]) einen „selbst vermögenden Rechtsanwalt" an, der die einlaufenden Mandantengelder bis zur Endabrechnung auf seiner Bank beläßt, und dann[2]) einen „wohlhabenden, durchaus zahlungsfähigen" Kommissionär, der gerne mit den vereinbarten Geldern arbeitet, deshalb möglichst spät seinen Verbindlichkeiten nachkommt und sich lieber verklagen läßt, um erst dem Gerichtsvollzieher kurz vor der Vollstreckung zu zahlen.

Was den Vorwurf der Überschätzung der Aufrechterhaltung der bestehenden Güterverteilung betrifft, so mag es Sache der Staatsführung sein, eine solche abzuändern, nie aber war es Aufgabe des Strafrichters, eine solche Abänderung durch Einzelakte zu dulden, „die in bedenklicher Nähe der Strafgesetze" liegen. Bezüglich der angeblichen Widersprüche in den von Bendix angegebenen Entscheidungen, weist Cahn[3]) zutreffend nach, daß die Grundsätze dieser Entscheidungen nicht unvereinbar miteinander sind. Denn RG. 56, 121 spricht von Eigentum an Vermögensstücken und erklärt nur für diese Frage des Eigentums, daß das Zivilrecht maßgebend sein solle. RG. 63,334 spricht vom Inhalt der Vollmacht, für deren Vorliegen Befugnis zu rechtsgeschäftlichem Handeln erforderlich sei, ohne damit zu sagen, daß diese Vollmacht zur Begründung der Tätereigenschaft des § 266 Abs. 1 Nr. 2 zivilrechtlich rechtsgültig erteilt sein müsse. Nur dies verneint RG. 63,406 (407) und betont dabei auch in dieser Entscheidung, daß dem in Frage stehenden Täter nicht nur Botendienste, sondern die vertretungsweise Vornahme eines Rechtsgeschäfts oblag. Wenn man somit Cahn bei seiner Behauptung, daß die zitierten Entscheidungen nicht miteinander in Widerspruch ständen, Recht geben muß, so scheint

[1]) S. 178.
[2]) S. 180.
[3]) JW. 1931, S. 2772 f.

mir doch Cahn in einem anderen Punkt bei seiner Polemik gegen Bendix zu einer recht anfechtbaren These zu kommen. Bendix hatte sich im Verlaufe seines Aufsatzes noch weiter mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Untreue des Kommissionärs beschäftigt. Das Reichsgericht bestraft den Verkaufskommissionär, der objektiv zur Veräußerung berechtigt ist, dann, wenn er das Kommissionsgut mit dem Willen veräußert, den Erlös für sich zu behalten. Es sieht hierin eine Zueignungshandlung, also eine Verfügung zum Nachteil des Vollmachtgebers. Bendix hält es für äußerst bedenklich, „eine nicht strafbare Handlung durch eine rein psychologische Wertung, zu deren Begründung die Handlung selbst keinerlei Anlass bietet und auch nicht bieten kann, strafbar zu machen". In Entgegnung hierauf äußert nun Cahn die Ansicht, es gebe seines Erachtens keine „typischen" objektiven Tatbestandshandlungen, da eine Handlung erst durch die Willensrichtung des Täters im Augenblick des Handelns relevant werde. Auch wenn man mit Cahn die Rechtsprechung des Reichsgerichts in diesem Punkte für begründet hält, braucht und darf man m. E. deswegen nicht die Existenz von typischen objektiven Tatbestandshandlungen verneinen. Der verbrecherische Wille, mag er noch so offenkundig sein, muß sich in typischen Handlungen manifestieren. Dies galt zumal in der Zeit der Geltungsdauer des alten § 2. Doch auch unser Willensstrafrecht verlangt typische Handlungen, in denen sich der Wille offenbart. Wenn jemand einen verbrecherischen Willen hat, der auf Mord zielt, so genügt es für den Strafrechtler nicht, daß sich dieser Wille irgendwie zeigt. Wenn der Mordlustige seinen Willen etwa mündlich äußert oder einem Freunde schriftlich mitteilt, wird noch keiner daran denken, ihn wegen Mordes oder versuchten Mordes zu bestrafen, wohl aber wenn er den Willen in einer für den Mordtatbestand „typischen Handlung" offenbart, wenn er nämlich anfängt, die Tötung eines Menschen auszuführen. Ebensowenig genügt es für das Vorliegen der Untreue Bevollmächtigter, daß sich der verbrecherische Wille des Bevollmächtigten „irgendwie" äußert, sondern es gibt auch für § 266 Abs. 1 Nr. 2 typische Handlungen. Diese Handlungen müssen zunächst Verfügungen sein. Eine Verfügung eines Bevollmächtigten ist aber noch nichts Rechtswidriges, wohl aber ist es rechtswidrig, wenn der Bevollmächtigte den Machtgeber schädigt, d. h. es muß sich um Verfügungen handeln, die das Vermögen des Machtgebers schädigen. Wann eine Handlung, die sich objektiv zunächst einmal als Verfügung darstellt[1]), zum Nachteil gereicht, kann nun, wenn man der Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Untreue des Kommissionärs folgt, im Einzelfall von einer Bedingung abhängen, die im Willen des Bevollmächtigten liegt, nämlich davon, ob sein Wille auf Zueignung geht, also abhängen von einer „subjektiven Unrechtsbedingung"[2]). Dabei

[1]) wobei „Verfügung" in dem weiten Sinne verstanden werden kann, wie ihn das RG. diesem Begriff gibt.

[2]) Vgl. hiezu Beling, der den Begriff der sog. „subjektiven Unrechtselemente" ablehnt, in seiner „Lehre vom Tatbestand" S. 12 Fußn. 1: „Logisch möglich ist nur, die Denkform der Bedingung heranzuziehen, derart, daß man sich etwas Subjektives als dafür bedingend denkt, daß das äußere Verhalten rechtswidrig sei („subjektive Unrechtsbedingungen" statt „subjektive Unrechtselemente")."

gehört der Zueignungswille nicht generell zum Begriff des Nachteils, sondern bedingt ihn nur in Einzelfällen.

Wichtiger an der Kontroverse Bendix-Cahn ist, daß sie uns zeigt, auf welche Weise die Anschauung des Reichsgerichts über das Wesen der Untreue zu erforschen ist. Man kann hier nicht allgemein feststellen, daß das Reichsgericht die Tatbestandsmerkmale des § 266 vom Zivilrecht unabhängig sein läßt, oder, daß es die Begriffe dem bürgerlichen Recht entnimmt, auch nicht, daß das Reichsgericht sich hierin stets widerspricht, sondern man muß bei den einzelnen Begriffen untersuchen, wie sie das Reichsgericht versteht. Da sind zunächst die in § 266 a. F. aufgezählten Subjekte. Über sie sagt RG. 35, 338 (339), daß sie im Gesetz abschließend aufgezählt sind, und daß die Zugehörigkeit zu den aufgezählten Personenklassen sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes entscheiden solle. Hierbei ist aber zu beachten, daß diese Entscheidung genau wie RG. 24, 110, auf die dort verwiesen wird, sich nur mit der Nr. 1 des § 266 a. F. befaßt, ihr Grundsatz gilt für Nr. 2 nur mit Einschränkungen. Bei Nr. 2 ist zunächst zu fragen, was das Reichsgericht überhaupt unter Vollmacht versteht. Das bürgerliche Recht definiert Vollmacht als durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 BGB.). Das RG. verlangt für eine Vollmacht zunächst die Übertragung der Vornahme von Rechtsgeschäften für eine andere Person (RG. 15,41; 26,230; 39,383 [385]). Diese „Vollmacht" braucht aber ihrerseits im Gegensatz zum BGB. nicht gerade durch Rechtsgeschäft übertragen zu sein, die „Verfügungsgewalt" kann auch im öffentlichen Recht beruhen, sie kann bei einem Beamten zu den Befugnissen seines Amtes gehören (RG. 15,41; 39,383 [385]). Auch soll es nicht erforderlich sein, daß dem „Bevollmächtigten" eine unmittelbare Vertretungsmacht im Sinne des Zivilrechts übertragen ist, es genügt auch, wenn er für Rechnung des Vollmachtgebers im eignen Namen mit einem Dritten Rechtsgeschäfte abschließen oder diesen gegenüber „Handlungen im Rechtssinne" für den Vollmachtgeber vornehmen soll (RG. III 8. XII. 1913 in JW. 1914, S. 375, Nr. 27; RG. 61,228 (230)[1]). Auch schon RG. 7, 377, s. a. die Entscheidungen d. RG. über Untreue der Kommissionäre). Daß diese „Vollmacht" zivilrechtlich rechtsgültig übertragen ist, ist, wie wir sahen, für das Reichsgericht nicht ausschlaggebend. So hält es RG. 41,265 (266) für belanglos, ob das Vollmachtsverhältnis als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig ist: „Versagt das Gesetz dem in § 266 Nr. 2 vorausgesetzten Rechtsverhältnisse die zivilrechtliche Wirksamkeit, so kann dennoch der Bevollmächtigte in die Lage kommen, sei es durch Ausübung einer ihm übertragenen Vertretungsbefugnis nach außen, sei es durch Betätigung der ihm tatsächlich eingeräumten Verfügungsgewalt über eine Sache, in die Machtstellung des Machtgebers einzugreifen. Soweit dies geschieht, ist die in dem Vollmachtsverhältnis ruhende besondere Treupflicht begründet, deren Verletzung in § 266 Nr. 2 StGB. mit Strafe be-

[1]) Diese Entscheidung spricht hier ausdrücklich von einem „strafrechtlichen Begriff des Vollmachtsverhältnisses", das die Übertragung einer bürgerlich-rechtlichen Vertretungsmacht nicht erfordere.

droht ist . . . . Er handelt dann als „Bevollmächtigter" im strafrechtlichen Sinne, mag es auch an der rechtsgeschäftlich gültigen Grundlage seines Handelns fehlen". Ebenso RG. 61,228 (230): „Vielmehr ist in zahlreichen Fällen vom RG. betont worden, daß es für den Tatbestand der Untreue auf die Natur des zugrundeliegenden Verhältnisses, ob es bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art sei, oder ob es überhaupt rechtlichen Bestand habe, nicht ankomme." Auch nach dem Erlöschen eines zivilrechtlichen Vollmachtsverhältnisses kann der ehemals Bevollmächtigte noch tauglicher Täter des § 266 Nr. 2 sein. R VIII, 423 begründet dies damit, daß der Bevollmächtigte nach Widerruf der Vollmacht noch zur Rückerstattung des auf Grund der Vollmacht Erlangten zivilrechtlich verpflichtet ist, daß er (RG. 14,184 [186]) seine Pflicht als Bevollmächtigter verletzt, wenn er dieser Rückerstattungspflicht nicht nachkommt. RG. in LZ. 1932 S. 1154 beschränkt diese Nachwirkung der Vollmacht ausdrücklich auf die Fälle, in denen der Bevollmächtigte noch Vermögensstücke des Vollmachtgebers in Händen hat, in denen die Vollmacht extern erteilt ist, oder wenn eine dem Bevollmächtigten ausgehändigte Vollmachtsurkunde noch nicht zurückgegeben oder für kraftlos erklärt ist, also auf die Fälle der §§ 667 sowie 170, 171, 172 BGB. So kommt das RG. zu dem Ergebnis, daß der Begriff und das Bestehen der „Vollmacht" vom Zivilrecht unabhängig sind, ihre geschützten Nachwirkungen sich jedoch aus dem bürgerlichen Recht ergeben müssen.

Bezüglich der Handlung des § 266 Ziff. 2 ist zunächst zu untersuchen, was das RG. unter einer „Verfügung" versteht. Im bürgerlichen Recht ist eine Verfügung ein „Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, in seinem Inhalt verändert oder aufgehoben wird"[1]). Das RG. hingegen stellt es bei dem Begriff „Verfügung" nur auf den Erfolg ab. Dieser muß nicht durch ein Rechtsgeschäft oder eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung herbeigeführt sein, sondern auf die Art des Handelns kommt es ihm nicht an; auch in einem Unterlassen kann eine solche Verfügung gesehen werden (RG. 11,412). Bei dem Erfolg unterschied das RG. früher zwischen Verfügungen über Gegenstände, an denen ein Besitz möglich ist, und über Forderungen. Bei den ersteren sollte auch eine tatsächliche Veränderung des Verhältnisses des Vollmachtgebers zu seinem Vermögensstück genügen, während es bei den letzteren nur eine Veränderung hinsichtlich des rechtlichen Verhältnisses für denkbar hielt (RG. 39,337). RG. 61,78 läßt dies Erfordernis fallen[2]) und sieht auch eine tatsächliche Erschwerung der Feststellung und Geltendmachung einer Forderung als Verfügung über dieselbe an.

In welchem Verhältnis müssen nun diese Verfügungen zu der Vollmacht stehen? Hier unterscheidet sich das RG. entscheidend von den Vertretern der sog. „Mißbrauchstheorie". Diese faßten nicht nur „Vollmacht" und „Verfügung" im Sinne des bürgerlichen Rechtes auf, sondern sie forderten für das Vorliegen des § 266 Nr. 2 ferner, daß sich die Verfügung im Rahmen der Vollmacht bewegt (s. o.). Das RG. verlangt nur, daß die

[1]) Enneccerus-Nipperdey, S. 427, 428.
[2]) Vgl. hierzu Ehrlich in Z. f. Str.W. 52, S. 196.

Verfügung „auf Grund und unter Benutzung der Vollmacht“[1]) vorgenommen wird, daß der Täter dabei „unbefugt und unter Überschreitung und Verletzung der Vollmacht handelt, entscheidet nicht, weil das Handeln, welches der § 266 Ziff. 2 des StGB. unter Strafe stellt, stets ein absichtliches Zuwiderhandeln gegen die Vollmacht ist“[2]). Die Verfügung, die sich nicht in den Grenzen der Vertretungsbefugnis zu halten braucht, muß aber doch in einem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen[3]), sie muß „durch die tatsächlich anvertraute Machtstellung ermöglicht[4]) sein“. Ein Fall, bei dem das RG. das Vorliegen eines solchen Zusammenhanges verneint, liegt der Entscheidung des III. Senats vom 10. XII. 1932 (JW. 1933 S. 609 ff. Nr. 12) zugrunde. Hier hatte ein Ehemann ein Grundstück in die allgemeine Gütergemeinschaft eingebracht, das Grundbuch war nicht berichtigt und der Ehemann hatte unbefugt das Grundstück veräußert. Hier hat das RG. Untreue abgelehnt und nur Betrug angenommen. Diese Entscheidung steht nicht, wie Gerland[5]) annimmt, auf dem Boden der Mißbrauchstheorie, trotzdem in ihr die Untreue als „Mißbrauch der Verfügungsbefugnis“ beschrieben ist. Denn nicht, weil der Täter seine ihm durch den Ehevertrag eingeräumte Vollmacht überschritten hätte, verneint das RG. das Vorliegen einer Untreuehandlung, sondern weil er diese seine Machtstellung ausdrücklich verschwieg und ihm die benachteiligende Verfügung nicht durch seine Vollmacht, sondern durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs ermöglicht wurde. Wenn man allerdings mit Pfeiffer[6]) hierin zugleich eine Unterlassung der Wahrnehmung der Pflichten als Vertreter des Gesamtgutes und somit eine auf Grund der Vollmacht vorgenommene Verfügungshandlung sieht, so ist keine Verfügung über ein an sich der Verfügungsmacht unterliegendes Vermögensstück mehr denkbar, die nicht in diesen Pflichtenkreis fällt.

Ebensowenig stehen auch die anderen oben[7]) angegebenen Entscheidungen, die die Untreue als mißbräuchliche Ausnützung der Vertretungsmacht bezeichnen, damit eindeutig auf dem Boden der Mißbrauchstheorie, mit Ausnahme von RG. 28,155. RG. 65,333 erklärt als Erfordernis eines solchen „Mißbrauches“ nur, daß die Benachteiligung „in der Vertretungsmacht wurzelt, sich als Ausfluß der Herrschaft darstellen“ muß, „die dem Täter durch die Vertretungsmacht rechtlich oder tatsächlich ermöglicht wird“. (S. 334). Auch diese Entscheidung will ein Unterlassen genügen lassen, doch soll es sich um ein Unterlassen des Täters in seiner Eigenschaft als ein in § 266 a. F. genanntes Subjekt (in der Entscheidung als Pfleger),

[1]) R. VIII, 423.

[2]) Dem kann nach der heutigen Rechtssprache, die unter Vollmacht nur das Außenverhältnis versteht, nicht beigepflichtet werden. Man kann wohl mit dem RG. auch Überschreitungen der Vollmacht als Untreue bestrafen, es ist aber nicht stets, wenn das Innenverhältnis verletzt ist, zugleich das Außenverhältnis, die Vollmacht, überschritten.

[3]) RG. II, 14. I. 1929 in JW. 1930, S. 1311, Nr. 13.

[4]) Ehrlich, a. a. O., S. 182.

[5]) JW., a. a. O., s. o. S. 20.

[6]) JW., a. a. O., S. 610, 611.

[7]) S. 19, 20.

nicht um ein Unterlassen in seiner Eigenschaft als Schuldner des Vermögensträgers handeln. In der Verfügung müsse eine „strafbare Verletzung der Treupflicht" (S. 336) zu finden sein. Helmuth Mayer[1]) weist darauf hin, daß diese Entscheidung auch deswegen als Beispiel einer auf dem Boden der Mißbrauchstheorie stehenden Entscheidung, als welche sie Gerland[2]) ansieht, ungeeignet ist, da sie eine durch einen nichtigen Vertrag vorgenommene Verfügung als Untreue bestraft. RG. 66,206 kommt nicht zu einer genauen Feststellung, was hier unter Mißbrauch der Vertretungsmacht verstanden werden soll, da dort tatsächlich der Täter im Rahmen seiner Vollmacht handelte, immerhin steht diese Entscheidung der Bindingschen Ansicht nahe.

Für die Untreue des Genossenschaftsgesetzes (§ 146 Gen.Ges., § 140 Gen.Ges. v. 1. V. 1889) sieht das RG. von dem Erfordernis ab, daß der Täter gerade in seiner Eigenschaft als taugliches Handlungssubjekt tätig wird (RG. 26,136; 58,391), da ihm die Eigenschaft eines Organes der Genossenschaft „unablöslich anhaften" soll (RG. 26,137).

Was das Objekt der Verfügung des § 266 Ziff. 2 „Vermögensstücke des Auftraggebers" anbetrifft, so versteht das Reichsgericht zunächst unter Vermögensstücken körperliche Sachen und Forderungen; zu diesen Forderungen rechnet es auch den sog. „Individualanspruch" des Vollmachtgebers gegen den Bevollmächtigten auf Herausgabe von auf Grund der Vollmacht erlangten Gegenständen. Weiterhin rechnet es dazu auch ein „Recht von wirtschaftlichem Wert" wie z. B. einen bewilligten Kredit (RG. 62,133). Als Vermögensstücke des Auftraggebers betrachtet das Reichsgericht neben solchen, die zivilrechtlich im Eigentum des Vollmachtgebers stehen (oder deren Gläubiger er ist), zu denen auch die zu rechnen sind, die für den Vollmachtgeber durch vorweggenommenes Besitzkonstitut von einem indirekten Vertreter erworben sind (RG. 62,31; 62,58), im Gegensatz zum bürgerlichen Recht auch Vermögensstücke, die zivilrechtlich dem Bevollmächtigten zu treuen Händen übergeben sind, aber wirtschaftlich zu dem Vermögen des Vollmachtgebers gehören sollen (RG. 61,174 [175]; 62,58 [60]; I 5. IV. 1929 in JW. 1929, S. 2731 ff.)[3]).

Als einen „Vermögensnachteil" im Sinne des § 266 sieht das RG. jede, auch vorübergehende ungünstigere Gestaltung der Vermögenslage

[1]) Im „Zentralbl. f. Handelsrecht" 1933, S. 146.

[2]) a. a. O.

[3]) M. E. mit Recht wendet Helmuth Mayer in JW. 1929/2731 gegen diese Entscheidung ein, daß man mit dem Modewort ‚Wirtschaft' jeden klaren Gesetzeswortlaut in sein Gegenteil verkehren könne, und fragt, nach welchen wirtschaftlichen Kriterien denn entschieden werden solle, ob eine geschuldete Sache schon zum Vermögen des Auftraggebers „wirtschaftlich" gehört oder nicht. Überhaupt scheint mir eine Rechtsprechung, die eine „strafrechtliche Vollmacht", eine „strafrechtliche Verfügung" und ein „strafrechtliches Eigentum" konstruiert, recht wenig befriedigend. Nicht deswegen, weil sie, wie Bendix tadelt, liberalen Grundsätzen widerspricht, sondern weil sich das Strafrecht, soweit es die Privatrechtsordnung schützt, auch die Begriffe des Privatrechts zu eigen machen sollte. Glücklicherweise macht die weite Fassung des § 266 n. F. solche Konstruktionen überflüssig.

an[1]), die auch durch die Gewährung von Krediten, deren Wiedereinbringung unsicher ist, bewirkt werden kann (RG. 58,391; 61,211). Ein Vergleich mit dem Zivilrecht kommt hier nicht in Frage, da „Vermögensnachteil" ein primär strafrechtlicher Begriff ist.

Nachdem somit die Anschauung des Reichsgerichts über das Wesen des alten Untreuetatbestandes und seine Beziehung zum Zivilrecht festgestellt ist, ergibt sich hieraus ohne weiteres seine Auffassung über das Verhältnis dieses Tatbestandes zur Unterschlagung. § 246 bestraft die Zueignung einer fremden beweglichen Sache, die der Täter im Besitz oder Gewahrsam hat. Eine bewegliche Sache ist ein Vermögensstück ihres Eigentümers, eignet sich ein anderer diese Sache zu, so kann der Eigentümer dadurch benachteiligt werden. Stellt nun eine solche Zueignung nicht nur ein benachteiligendes Handeln im Sinne von § 266 a. F. Nr. 1 u. 3 dar, sondern ein benachteiligends Verfügen, wie es Nr. 2 erfordert? Das Wesen der „Zueignung" sieht das Reichsgericht darin, „daß die Sachen selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird" (RG. 61,228 [231])[2]). Eine solche Zueignung verursacht aber eine tatsächliche Veränderung des Verhältnisses des Eigentümers zu seiner Sache, ist also stets eine Verfügung über dies Vermögensstück im Sinne der reichsgerichtlichen Definition[3]). Deswegen ist noch nicht jede Unterschlagung zugleich eine Untreue. Zunächst kann es an dem Erfordernis des Vermögensnachteils fehlen. Zwar wird in den meisten Fällen der Verlust der Sache die Vermögenslage des Eigentümers ungünstiger gestalten, doch kann z. B. auch dem Eigentümer aus dem Verlust der Sache ein vollkommen gleichwertiger Anspruch erwachsen, ebenso kann es an einem Vermögensnachteil fehlen, wenn der Täter bei der Unterschlagung eine gleichwertige oder gar höherwertige Gegenleistung dem Vermögen des Eigentümers zukommen läßt. Ebenso kann auf der subjektiven Seite bei dem Täter das Bewußtsein der rechtswidrigen Zueignung vorhanden sein, es ihm aber an einem Vorsatz, der auf die Verursachung eines Vermögensnachteils geht, fehlen (vgl. RG. 7,349). Weiterhin ist es für das Vorliegen der Untreue (nach dem alten Rechtszustand) erforderlich, daß der Täter sich zu dem Sacheigentümer gerade in einem der in § 266 a. F. aufgezählten Verhältnisse befindet. Auch der Täter der qualifizierten Unterschlagung war nach bisherigem Recht dadurch, daß die Sache ihm anvertraut war, noch nicht tauglicher Täter des § 266 a. F. Nr. 2 (vgl. oben), denn jemand, dem eine Sache anvertraut ist, soll deswegen noch nicht Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen für den Anvertrauenden vornehmen, es besteht in diesem Fall wohl ein Treuverhältnis, aber noch kein Vollmachtsverhältnis, auch nicht ein „strafrechtliches".

[1]) So schon R I 275.

[2]) Dies kann auch dadurch geschehen, daß der Täter über die Sache wie ein Eigentümer verfügt, indem er die Sache einem Dritten zur wirtschaftlichen Ausnützung überträgt (RG. 57,166 [168]).

[3]) s. o. S. 24. —

Doch selbst wenn ein nach § 266 a. F. tauglicher Täter an einer Sache des von ihm Betreuten eine Unterschlagung beging, war er nur dann auch wegen Untreue strafbar, wenn ihm die Zueignung gerade durch seine Stellung ermöglicht war. Rechtlich befugt war er durch seine Stellung nie zu einer Unterschlagung, oft aber tatsächlich dazu befähigt. Wenn z. B. ein Prozeßbevollmächtigter ein Buch, das ihm sein Klient privatim geliehen hatte, unterschlug, war das noch keine Untreue, anders jedoch, wenn er sich den Prozeßkostenvorschuß zueignete.

Waren alle diese Voraussetzungen gegeben, so hat das Reichsgericht folgerichtig auch immer Idealkonkurrenz zwischen Untreue und Unterschlagung angenommen. So sagt schon RG. 3,283: „Die Untreue nach § 266 ist ein selbständiges Vergehen. Enthält der Treubruch den Tatbestand anderer Vergehen, wie des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betruges, so sind die Grundsätze von der idealen Konkurrenz maßgebend." Ebenso R I. 275; R II. 293 hält die Frage für „nicht unbestritten", bejaht aber auch die Anwendbarkeit des § 73. Ebenso bejaht sie RG. III 22. X. 1917 in Recht 1918 Nr. 1285, RG. III 26. XI. 1917, ebendort Nr. 1286, RG. II 19. IX. 1929 (JW. 1931, S. 207) u. a. RG.16,343 prüft die Frage, ob bei einem solchen Zusammentreffen der Strafausschließungsgrund des § 247 Abs. 2 zur Anwendung kommen könne, und verneint sie, da jedes Gesetz seinen eigenen Normen folge[1]).

Wenn das Reichsgericht einmal ein solches Zusammentreffen verneint, so nur deshalb, weil eine der genannten Voraussetzungen fehlt, so in RG. 7,349, wo es dem Täter an einem auf einen Vermögensnachteil gerichteten Vorsatz mangelte. In R V 168 wird bei Vorliegen von Untreue Unterschlagung darum abgelehnt, weil dem Täter, der ihm zum Scheine abgetretene Forderungen unbefugtermaßen für sich einzog, die eingezogenen Gelder von den Schuldnern, die den Scheincharakter der Abtretung nicht kannten, übereignet wurden, so daß sie für ihn keine fremden Sachen waren. Wohl aber war die zum Schein abgetretene Forderung noch eine solche des Zedenten (§ 117 BGB.) und deshalb Vermögensstück des Auftraggebers, gegen den der Scheinzessionar durch die Einziehung für sich Untreue begeht. In einem solchen Fall könnte aber das Reichsgericht auch dann keine Unterschlagung annehmen, wenn die eingezogenen Gelder sich für den Täter als fremde Sache darstellten. Denn entweder fällt die Zueignung mit der Einziehung der Forderung zusammen, dann hatte der Täter die Sache nicht schon vorher in seinem Besitz oder Gewahrsam, oder sie folgt ihr nach, dann ist sie straflose Nachtat (so RG. 42,420 s. o. S. 15). „Die Verurteilung wegen Untreue ergreift und erledigt m. a. W. in einem Falle wie dem vorliegenden in Strafbarkeit der Zueignung überhaupt" (RG. a. a. O., S. 422).

Zur Annahme eines Spezialitätsverhältnisses zur Untreue, wie es das Reichsgericht für die Prävarikation bejaht (RG. I 24. XI. 1933[2]) in

[1]) s. im übrigen zu dieser Entscheidung oben S. 18, 19.

[2]) Die Entscheidung erging noch für den alten Untreuetatbestand.

JW. 1934, S. 428 Nr. 27) konnte das Reichsgericht für die Unterschlagung nicht kommen und verneinte es ausdrücklich[1]), denn die Untreue besteht nur in manchen Fällen in der Zueignung einer fremden beweglichen Sache, umgekehrt bedürfte es bei der Unterschlagung erst der genannten Voraussetzungen, um das Vorliegen einer Untreue zu begründen. Den Charakter einer Sonderbestimmung konnte man auch dem Sinne nach weder der Unterschlagung zur Untreue beimessen, noch umgekehrt.

[1]) RG. 16,343.

§ 3.

Das Verhältnis der beiden Tatbestände in den Entwürfen.

a) Wenn im Rahmen dieser Arbeit auch auf die Entwürfe eingegangen werden soll, so geschieht dies nicht nur zur Vervollständigung des historischen Überblicks, sondern weil die bei der Verfassung der Entwürfe geleistete wissenschaftliche Arbeit und die Klärung vieler vorher umstrittener Begriffe, die wir ihr verdanken, nicht ohne Einfluß auf unsere heutige Gesetzgebung auf dem Gebiete des Strafrechts ist, wenn auch keiner der Entwürfe selbst Gesetzeskraft erlangen konnte oder erlangen wird. Schon ein Blick auf den Wortlaut des neuen Untreuetatbestandes (in der Fassung v. 26. V. 1933) zeigt die Entwicklungslinie, die von dem alten § 266 über den Tatbestand in den Entwürfen zum neuen Tatbestand führt.

Nach dem Vorentwurf von 1909 ist Untreuetäter, „wer absichtlich das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, mißbraucht". Wenn der Vorentwurf somit von einem „Mißbrauchen" spricht, so ist, wie festgestellt wurde[1]), aus diesem Wort allein nicht zu schließen, daß er damit auf dem Boden der sog. „Mißbrauchstheorie" steht, zumal die Begründung des Vorentwurfs[2]) das Zuwiderhandeln gegen eine Verpflichtung zur Vermögensfürsorge als das besondere Merkmal der Untreue bezeichnet. Es ist aber zu beachten, daß der Vorentwurf nicht von einem Mißbrauch der „Machtstellung" spricht, wie dies das Reichsgericht in der trotz diesem Ausdruck auf dem Boden der „Treubruchstheorie" stehenden Entscheidung RG. 65,333 tut, sondern von dem Mißbrauch einer „Befugnis". Eine solche Befugnis kann der Täter nur dann mißbrauchen, wenn er zu der schädigenden Handlung wenigstens nach außenhin „befugt" ist. Auch der weitere Wortlaut der Begründung deutet darauf hin[3]), daß der § 277 des Vorentwurfs nur solche Handlungen als Untreuehandlungen gelten lassen will, die sich innerhalb des geschützten Rechtsverhältnisses bewegen. So ist der Vorentwurf auch stets als auf dem Boden der Bindingschen Ansicht stehend, verstanden worden[4]). Zwar sprach Binding vom Mißbrauch einer Vertretungsmacht, die in § 277 VE. genannte Befugnis ist aber nichts anderes. Daß sie allerdings nicht dasselbe wie Vollmacht im bürgerlichrechtlichen Sinne bedeutet, geht schon daraus hervor, daß sie nach den Worten des § 277 VE. auch durch Gesetz eingeräumt sein kann, bür-

[1]) s. o. S. 20.
[2]) S. 765.
[3]) Begründung S. 767.
[4]) Vgl. z. B. Paul Koffka in „Reform des Strafgesetzbuches" Bd II, S. 401.

gerlich-rechtliche Vollmacht dagegen ist nur durch Rechtsgeschäft übertragene Vertretungsmacht. Doch ist diese Befugnis übertragene Vertretungsmacht, nämlich die Ermächtigung zur Vornahme von Rechtsgeschäften für einen anderen, also das, was das Reichsgericht unter dem strafrechtlichen Begriff der Vollmacht verstand. Der Ansicht Zieglers, der behauptet, der Begriff Befugnis in den Entwürfen sei auf jeden Fall nicht gleichbedeutend mit Vertretungsmacht, kann ich mich nicht anschließen, denn wie aus der Denkschrift zum Entwurf von 1919, dessen objektiver Untreuetatbestand mit dem des Vorentwurfs übereinstimmt, hervorgeht, kann die Befugnis nur durch rechtsgeschäftliches Handeln, nicht auch durch tatsächliche Einwirkungen mißbraucht werden. Es ist somit mit der Befugnis nur eine solche zu rechtsgeschäftlichem Handeln für einen Vermögensträger gemeint, also eine Vertretungsmacht, sei sie eine direkte oder indirekte. Noch abwegiger erscheint mir die Ansicht Franckes[1]), der unter Befugnis „nicht so sehr das rechtliche Können als vielmehr ein Dürfen im weitesten Sinne" verstehen will. Eine rechtswidrige Vermögensbeschädigung ist nie vom Vollmachtgeber gestattet, liegt also nie im Rahmen des rechtlichen Dürfens, so daß dieses nicht mißbraucht wird. Gerade das Hinausgehen über dieses Dürfen, nicht das Gebrauchmachen von ihm, gehört zum Wesen einer Untreuehandlung, wobei die Mißbrauchstheorie und mit ihr der Entwurf verlangen, daß sich die Handlung im Rahmen des rechtlichen Könnens bewegt, und zwar als mißbräuchliche Ausnutzung desselben[2]).

Wenn auch zu den „Verfügungen", zu denen der Untreuetäter des Entwurfs befugt sein muß, rein tatsächliche Handlungen nicht gehören sollen, so will die genannte Denkschrift doch den Begriff nicht auf Verfügungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, auf die Vornahme von dinglichen Rechtsänderungen, beschränkt wissen, sondern hierher soll jede rechtsgeschäftliche Einwirkung auf das fremde Vermögen gehören, auch die Begründung von Verbindlichkeiten. Der Entwurf stellt damit einen eigenen Verfügungsbegriff auf, der sich aber von dem „strafrechtlichen Verfügungsbegriff" des Reichsgerichts unterscheidet. Dieses stellte es nur auf den Erfolg einer Änderung im Verhältnisse des Vollmachtgebers zu seinem Vermögensstücke ab, gleichgültig ob dieser Erfolg durch ein Rechtsgeschäft, eine rein tatsächliche Handlung oder eine Unterlassung ermöglicht wurde. Unterlassungen sollen zwar auch unter den Untreuetatbestand der Entwürfe[3]) fallen, doch nicht weil in einem solchen pflichtwidrigen Unterlassen eine Verfügung gesehen wird, sondern weil man die Befugnis zu verfügen auch mißbrauchen kann, indem man eine Verfügung, zu der man befugt und verpflichtet ist, unterläßt, also nicht verfügt; ein positives Verfügen verlangen die Entwürfe im Gegensatz zu § 266 a. F. Nr. 2 ja nicht.

[1]) S. 74.

[2]) Ziegler hält dies zwar für zweifelhaft, neigt aber mit Recht dazu, sie als „rechtliches Können" zu verstehen. Über die Gegenüberstellung von Können und Dürfen in der Mißbrauchstheorie s. a. oben S. 11.

[3]) Vgl. z. B. Begründung des VE. S. 767, des E 1925, bes. Teil S. 167

Indem so der Vorentwurf dem Standpunkt Bindings nahesteht, teilt er auch dessen Ansicht über das Verhältnis zur Unterschlagung und zu ihrem qualifizierten Fall, der Veruntreuung. Zu einer Unterschlagung ist der Täter nicht befugt, die Tatbestände schließen sich somit gegenseitig aus. Eine Verbindung der Tatbestände der Untreue und der Veruntreuung lehnt der Vorentwurf ab, er will „den besonderen Tatbestand der „Veruntreuung" fremder beweglicher Sachen unberührt" lassen (Begründung S. 767)[1]).

Der Tatbestand des Vorentwurfs bedeutete bezüglich der Untreuesubjekte einerseits eine Verengung, da die in § 266 a. F. Nr. 3 genannten Personen mit Ausnahme des Versteigerers ausscheiden, weil sie keine Verfügungsbefugnis haben[2]). Auch hierin folgt der Entwurf einer Anregung Bindings[3]). Anderseits bedeutete er eine bedeutende Erweiterung, da außer den Subjekten des § 266 a. F. und der Nebengesetze alle anderen Träger einer auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhenden Verfügungsbefugnis von ihm erfaßt wurden, so auch der elterliche Gewalthaber und der Ehemann als gesetzlicher Verwalter des eingebrachten Gutes. Die Einschränkung auf der subjektiven Seite, auf der jetzt Absicht im eigentlichen Sinne erfordert wurde, schien den Verfassern des Vorentwurfes zu gering als Ausgleich dieser Erweiterung. Sie sahen eine weitere Einschränkung in § 278 vor, nach dem die Untreue gegen Angehörige nur auf Antrag zu bestrafen war. Das gleiche galt für Untreue, die gegen Pfleger, Erzieher oder Lehrherren begangen wurde. Der Antrag war zurücknehmbar. Straflosigkeit wie sie § 247 Abs. 2 StGB. (VE § 273 Abs. 1) für die Unterschlagung gegen Deszendenten und Ehegatten vorschrieb, lehnte der Vorentwurf für die Untreue deswegen ab, weil bei dieser die Intensität des verbrecherischen Willens oft stärker sei[4]).

Im Gegensatz zum Vorentwurf bezeichnet der 1911 von Kahl, Lilienthal, Liszt und Goldschmidt verfaßte Gegenentwurf als objektiven Tatbestand der Untreue: „Wer . . . fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft auferlegte Pflicht zur Wahrung der Interessen dieses Vermögens verletzt." Dieser § 322 des Gegenentwurfs folgt damit dem Vorschlag Freudenthals[5]), dessen Ansicht über das Wesen der Untreue[6]) er teilt. Er teilt damit auch Freudenthals Ansicht über die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen Untreue und Unterschlagung. Wieweit die Untreue in den Bereich der Unterschlagung übergreift, wenn man zu ihr jede Vermögensschädigung rechnet, die unter Verletzung der Pflicht zur Wahrung der Interessen dieses Vermögens verursacht ist, soll unten bei der Besprechung des geltenden Rechtszustandes näher untersucht werden. Die Frage drängte nach dem Gegenentwurf nicht so nach einer Lösung, wie heute

[1]) Vgl. a. Begründung, S. 745.
[2]) Ziegler, S. 40.
[3]) s. oben S. 12.
[4]) Begründung des VE S. 769.
[5]) Vgl. Darst. bes. Teil, Bd. VIII, S. 148.
[6]) s. oben S. 13.

da der Gegenentwurf ebenso wie der Vorentwurf die Untreue gegen Angehörige usw. zum Antragsdelikt machen wollte. Eine besondere Strafdrohung für Veruntreuung, die durch den weiten Untreueparagraphen hätte unwirksam gemacht werden können, enthielt der Gegenentwurf auch nicht. Es sollten hier die allgemeinen Grundsätze über besonders schwere Fälle eingreifen (§ 89 des GE.), außerdem hielt man eine besondere Strafdrohung für die Veruntreuung gerade auch deshalb für überflüssig, weil der vorgesehene weite Untreuetatbestand Veruntreuungsfälle umfaßt hätte[1]). Als einziger hervorgehobener Fall einer Unterschlagung anvertrauter Sachen war dem § 299 (Unterschlagung) des Gegenentwurfes eine dem § 11 Depotgesetz entsprechende Bestimmung als Absatz 3 angegliedert. Da hier die Strafdrohung höher als bei der Untreue war, wäre sie auch bei ideellem Zusammentreffen mit Untreue zum Zuge gekommen.

b) Der Kommissionsentwurf von 1913 ging nicht den Weg des Gegenentwurfes, sondern übernahm den gesetzlichen Tatbestand der Untreue aus dem Vorentwurf. Auf der subjektiven Seite trat insofern eine Änderung ein, als jetzt nicht mehr Absicht erforderlich sein, sondern bezüglich des Mißbrauches dolus directus, bezüglich der Vermögensschädigung jeglicher Vorsatz genügen sollten. Bei der Unterschlagung (§358) sah der Kommissionsentwurf in Abweichung vom Vorentwurf wie der Gegenentwurf von einer besonderen Strafdrohung gegen die Zueignung anvertrauter Sachen ab, nicht etwa, weil der Untreuetatbestand des Kommissionsentwurfes Veruntreuungsfälle mitumfaßt hätte, sondern weil man die gegenüber dem Vorentwurf erhöhte Strafdrohung bei der Unterschlagung jeglicher Vorsatz genügen sollten. Bei der Unterschlagung (§ 358) für die Veruntreuung ausreichend fand. Für die Bestrafung der Untreue gegen Angehörige, Vormund, Pfleger und Lehrherren blieb es bei dem Erfordernis eines Strafantrages. Der Antrag sollte aber jetzt bei allen diesen Personen zurückgenommen werden können, was im Vorentwurf für die Untreue gegen den Lehrherrn nicht galt. Außerdem kamen zu den genannten solche Personen hinzu, mit denen der Täter in häuslicher Gemeinschaft lebt.

Der Entwurf von 1919 stellte es bei besonders leichten Fällen von Untreue gegen diese Personen dem Richter frei, von Strafe abzusehen, ebenso wie bei Unterschlagung und Diebstahl. Im übrigen stimmte dieser Entwurf hinsichtlich der Untreue und der Unterschlagung mit dem Kommissionsentwurf überein.

Auch in der Reichsratsvorlage („Entwurf 1925") blieb der Tatbestand der Untreue (§ 314) unverändert, denn der „Nachteil" dieses Entwurfs soll nichts anderes bedeuten, als was die früheren Entwürfe mit Vermögensbeschädigung bezeichneten. Eine wesentliche Änderung schlug dieser Entwurf aber auf dem Gebiet der Unterschlagung vor. Hier stellte er, angeregt durch das Österreichische Strafgesetzbuch, einen eigenen Paragraphen für die „Veruntreuung" auf. Dieser (§ 300) enthält in seinem ersten Absatz die qualifizierte Unterschlagung des Reichsstrafgesetz-

[1]) Begründung zum Gegenentwurf.

buchs, also die Zueignung anvertrauter fremder beweglicher Sachen. Neu war hierbei die Bereicherungsabsicht. In einem zweiten Absatz enthält er eine dem deutschen Recht unbekannte Strafdrohung gegen den, der „in der gleichen Absicht anvertrautes Gut, insbesondere Geld, verbraucht oder verausgabt", wobei das Erfordernis der Fremdheit fehlt. Hiermit sollten die Fälle getroffen werden, die bisher das Reichsgericht zu der Annahme eines besonderen strafrechtlichen Eigentums genötigt hatten, soweit es sich nicht mit der Konstruktion des Individualanspruches oder eines vorweggenommenen Besitzkonstitutes half (s. o.). Trotzdem der Untreuetatbestand des Entwurfs nicht mehr von Vermögensstücken des Auftraggebers sprach, konnten diese Fälle nach dem Entwurf nicht als Untreue bestraft werden, da es in ihrem Wesen lag, daß der Täter gerade nicht befugt war, das anvertraute Gut für sich zu verbrauchen oder für sich zu verausgaben, er eine solche Befugnis folglich auch nicht mißbrauchen konnte[1]).

Als Unterschlagung bezeichnete der Entwurf 1925 nur noch die Fälle der Zueignung fremder beweglicher Sachen, die nicht als Veruntreuung strafbar waren, sei es, daß der Täter keine Bereicherungsabsicht hatte, oder daß die Sache ihm nicht anvertraut war[2]). Hiergegen wendet Mannheim[3]) ein, daß sich der alte Unterschlagungsbegriff schon so eingebürgert habe, daß es lange dauern werde, bis man sich daran gewöhnt habe, „das Merkmal des Treubruchs bei dem Unterschlagungsbegriffe hinwegzudenken". Auch hält Mannheim das „Verbrauchen oder Verausgaben" bei der Veruntreuung eigener Sachen für zu eng und möchte hier einen Ausdruck gewählt wissen, der mehr der Zueignung bei den fremden Sachen entspricht. Für die Frage des Verhältnisses der Untreue zur Unterschlagung ist es nicht uninteressant, wie Mannheim in seiner Besprechung[4]) nachweist, wie schon durch die Existenz des § 300 Abs. 2 der Charakter der Untreue sich klärt. Während nämlich noch die Denkschrift 1919, trotzdem sie grundsätzlich auf dem Standpunkt stand, daß nur rechtsgeschäftliches Handeln den Tatbestand der Untreue erfüllen könne, die Zueignung des für den auftragsgemäßen Verkauf einer fremden Sache erzielten Erlöses als Untreue bestrafen wollte, fehlt in der Begründung 1925 ein derartiges Beispiel, da ein solcher Fall jetzt unter § 300 Abs. 2 fiel. Bei dieser Veruntreuung von Sachen, die im Eigentum des Täters stehen, handelte es sich um ein Vermögensdelikt, nicht wie bei der Veruntreuung fremder Sachen, mit der sie in einem Paragraphen vereinigt war, um ein Delikt gegen das Eigentum. Es war ein Vermögensdelikt, das ebenso wie die Untreue unter Täuschung fremden Vertrauens durch Mißbrauch zwar nicht einer Befugnis, wohl aber einer tatsächlichen Machtstellung begangen wird.

Die Reichstagsvorlage („Entwurf 1927") löste deshalb diese Veruntreuung des dem Täter zu Eigentum gehörigen Gutes von der Veruntreuung fremder Sachen und gliederte sie, als Abs. 2, der ihr verwandten Untreue an. Dieser glich er sie noch dadurch an, daß er zwar nicht mehr

[1]) Vgl. auch Begründung des Entw. 1925, S. 156.
[2]) Vgl. die für das kommende Recht vorgesehene Regelung unten S. 50.
[3]) in „Reform des Strafgesetzbuches", S. 346.
[4]) a. a. O., S. 358.

Bereicherungsabsicht forderte, sondern eine Benachteiligung des „Berechtigenden", also dessen, von dem oder zum mindesten für den die Sachen dem Täter anvertraut waren. Daß auch für den Berechtigten, also mittelbar, anvertrautes Gut unter den Tatbestand fallen sollte, was nach § 300 Absatz 2 des Entwurfs 1925 noch zweifelhaft sein konnte, drückte der Entwurf 1927 durch die Worte „oder das er für einen Anderen empfangen hat" aus. Auch war die Handlung nicht auf Verbrauchen oder Verausgaben beschränkt, sondern bestraft werden sollte der Täter, wenn er das anvertraute Gut „für sich oder einen Dritten verwendet". Hiermit war sowohl ein der Zueignung fremder Sachen entsprechender Begriff geschaffen worden, als auch der Tatbestand nicht mehr auf körperliche Sachen beschränkt, zu welcher Annahme im Entwurf 1925 nicht so sehr das Wort „Gut", das auch Forderungen mitumfassen kann[1]), gedrängt hatte, als vielmehr die Beschränkung auf ein Objekt, das verbrauchbar oder zu verausgaben war. Von einer besonderen Strafdrohung gegen die Veruntreuung fremder Sachen sah der Entwurf 1927 ab. Er stellte vielmehr in § 333 einen Unterschlagungstatbestand auf, der die Zueignung (sich oder einem anderen) jeder fremden beweglichen Sache, die sich nicht in Gewahrsam eines anderen befindet, mit einem weiten Strafrahmen (Gefängnis schlechthin) bedrohte, ob die Sache nun anvertraut war oder nicht. Diese Unterschlagung erforderte jedoch ebenso wie der Diebstahl Bereicherungsabsicht. Für die Fälle, bei denen dem Täter diese Absicht fehlte, sollte es einen besonderen dem Diebstahl und der Unterschlagung ausdrücklich subsidiären § 334 (unberechtigte Aneignung) geben. Damit, daß § 348 Abs. 2 die Veruntreuung anvertrauten Gutes ihrerseits wiederum für subsidiär gegenüber der „unberechtigten Aneignung" und der „Unterschlagung" (§§ 333, 334) erklärt werden sollte, konnte nur ausgedrückt werden, daß, soweit sie sich auf Sachen bezog, diese sich für den Täter nicht als fremd darstellen durften, also im Eigentum von niemandem außer dem Täter stehen konnten. Wenn die Begründung 1927 (zu § 348) hier auch die Fälle subsumieren will, bei denen es sich nicht sicher feststellen läßt, wer Eigentümer ist, so ist das abwegig. Wollte man hiermit nicht schon Alternativentscheidungen gestatten, so mußte stets festgestellt werden, ob die Sache für den Täter eine fremde war, so daß Unterschlagung oder unberechtigte Aneignung vorgelegen hätten, oder sie das nicht war, dann wäre § 348 Abs. 2 zum Zuge gekommen.

Auf diese Weise erreichte der Entwurf eine klare Trennung von Untreue und Unterschlagung.

An der Regelung, die der Entwurf der Untreue gab, ist von der Kritik manches ausgesetzt. Die Veruntreuung eigener Sachen sollte ebensowenig zur Untreue wie zur Unterschlagung gehören[2]). Ebener[3]) macht dem Entwurf in Anschluß an Mayers[4]) Kritik des Entwurfs 1925 zum

[1]) Ziegler, S. 39.

[2]) Robota, S. 52. Ziegler, S. 38/39, hält die Angliederung an die Unterschlagung für sinnvoller, um nicht den Mißbrauch rechtlicher und den Mißbrauch tatsächlicher Verfügungsmacht in einem Paragraphen zu vereinen.

[3]) S. 122 ff.

[4]) Die Untreue, S. 343.

Vorwurf, daß er die Aufsichtsräte, die keine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis haben, straflos läßt, während durch die Strafbarkeit der Untreue gegen Deszendenten und Ehegatten der Bestand der deutschen Familie gefährdet sei. Auch im 21. Ausschuß („Reichsstrafgesetzbuch")[1]) des Reichstages wurden bei der Durchberatung des § 348 Bedenken geäußert, ob § 348 Abs. 1, bei dem es sich um die Befugnis, über fremdes Gut zu verfügen, und Abs. 2, bei dem es sich um die Verpflichtung, über die eigene Sache im Sinne des Treugebers zu verfügen, handele, dogmatisch zusammenpassen (Mitberichterstatter Abg. Dr. Wunderlich). Oberreichsanwalt i. R. Dr. Ebermayer gab zu, daß diese Bedenken nicht ganz von der Hand zu weisen seien, er begrüßte es aber, daß sie sich nicht zu einem Antrag verdichtet hätten. Der Grundgedanke bei der Untreue sei die Zufügung eines Nachteils in Bezug auf das Vermögen eines anderen durch Treubruch dessen, der befugt sei, über das Vermögen eines anderen zu verfügen. § 348 wurde dann auch mit großer Mehrheit unverändert angenommen.

Dem § 349 wurde ein Abs. 3 angefügt, der die Untreue und den Betrug gegen einen Angehörigen, mit dem der Täter in häuslicher Gemeinschaft lebt, für straffrei erklärt, wenn der zugefügte Nachteil nur gering ist. Im übrigen wurde auch § 349 unverändert übernommen, so daß die Untreue gegen Angehörige, Vormünder, Pfleger, Lehrherren, Erzieher und Hausgenossen des Täters oder eines Teilnehmers nur auf Antrag zu bestrafen war, wobei das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen konnte.

Der Entwurf, der die Kasuistik des § 266 a. F. durch eine umfassende Täterdefinition des Mißbrauchstäters ersetzte und der die Grenze zwischen Untreue und Unterschlagung so zog, daß ein Überschneiden unmöglich wurde, hätte gegenüber dem alten § 266 zweifellos eine Verbesserung bedeutet. Mochte er auch noch manche Lücken aufweisen, so ist es doch zu begrüßen, daß das, was an ihm brauchbar war, nicht ohne Einfluß auf den neuen Untreueparagraphen (§ 266 in der Fassung vom 26. V. 1933) geblieben ist und soviel aus dem Untreuetatbestand, wie ihn der „Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission" plant[2]), zu ersehen ist, auch nicht ohne Einfluß auf das kommende Recht sein wird.

[1]) s. Sitzungsprotokoll R. T. IV. Wahlperiode 1928, 21. Ausschuß, 114. Sitzung am 24. I. 1930, herausg. am 7. II. 30.

[2]) Das kommende deutsche Strafrecht, bes. Teil, S. 343, 344.

§ 4.

Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung nach geltendem Recht.

a) Den Untreuetatbestand des § 348 Abs. 1 des Entwurfs finden wir in § 266 RStGB. in der durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. V. 1933 erneuerten Fassung als sog. Mißbrauchstatbestand wieder. Neu gegenüber dem Entwurf ist hier nur, daß als Rechtsgrund der Verfügungsbefugnis neben Gesetz und Rechtsgeschäft auch der behördliche Auftrag genannt ist und daß auf der subjektiven Seite auch das Tatbestandsmerkmal „Mißbrauch" nur von dolus eventualis umfaßt zu sein braucht. Für diesen Mißbrauchstatbestand des neuen Rechts gilt somit das gleiche, was schon für den § 348 Abs. 1 des Entwurfs gesagt ist und was für den § 266 a. F. die sog. Mißbrauchstheorie behauptete: durch eine Unterschlagung kann er nicht erfüllt werden. Hiermit ist aber die Frage nach dem Verhältnis zur Unterschlagung noch nicht für den gesamten § 266 n. F. gelöst. Denn der sog. „Treubruchstatbestand", der neben diesem Mißbrauchstatbestand in § 266 n. F. enthalten ist, schließt zwar vom Untreuetatbestand des Entwurfs und somit auch vom Mißbrauchstatbestand der n. F. offen gelassene Lücken (z. B. erfaßt er auch den ungetreuen Aufsichtsrat), er entbehrt aber auch der Eindeutigkeit dieser Tatbestände und ihrer zweifelsfreien Grenze gegen das Gebiet der Unterschlagung. Historisch ist er zunächst aus Art. 2 des Bayer. Notgesetzes zur Bekämpfung der Korruption vom 26. IV. 1933[1]) hervorgegangen. Dieser war jedoch dadurch gegen die Unterschlagung abgegrenzt, daß er sich selbst ausdrücklich für subsidiär erklärte. Das Bayer. Notgesetz hatte diesen Tatbestand offensichtlich aus § 322 des Gegenentwurfs von 1911 entnommen[2]), der seinerseits auf den Vorschlag Freudenthals[3]) zurückging.

Über die Auslegung dieses Treubruchstatbestandes ist man sich nicht einig, insbesondere darüber, ob von ihm nur ein bestimmter Kreis von Treueverhältnissen geschützt ist, oder ob er schon durch jede Benachtei-

[1]) Bayer. Ges. u. VO. Blatt 1933, S. 123. Der betreffende Artikel lautete: „Wer in öffentlichen oder privaten Diensten unter Verletzung der ihm nach Gesetz oder Vertrag obliegenden Treupflicht absichtlich zum Nachteil der ihm anvertrauten Interessen handelt, wird, soweit nicht die Tat schon nach anderen Strafgesetzen strafbar ist, mit Gefängnis bestraft; daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. In besonders schweren Fällen, namentlich wenn der entstandene Schaden ein sehr hoher oder das Verhalten des Täters besonders arglistig oder volksschädigend war, kann auf Zuchthaus erkannt werden."

[2]) s. oben S. 32.

[3]) Vgl. Darst. Bes. Teil Bd. VIII, S. 148.

ligung eines Vermögens, das ganz oder teilweise dem Täter anvertraut ist, erfüllt wird. Der Wortlaut des Gesetzes spricht für die letztere Auslegung. Von einer Beschränkung auf bestimmte Treupflichten, etwa auf solche, die eine längere Zeit hindurch bestehen oder die sich auf eine besonders umfangreiche Vermögensverwaltung beziehen, ist im Gesetz nicht die Rede. Gerade diese Weite des Tatbestandes machte man ja auch schon Freudenthal und dem Gegenentwurf zum Vorwurf. König[1]) erklärt die Tragweite des Gegenentwurfs für unabsehbar, wie schon Leopold[2]) gegen Freudenthal wendet er gegen den Entwurf ein, daß auch der Gärtner, der sich nicht um den ihm anvertrauten Garten kümmere, der Kutscher, der die Pferde vernachlässige, der Museumswärter, der die ihm anvertrauten Kunstschätze nicht schütze, unter einen solchen Untreuetatbestand fallen würden. Pfeiffer wollte zwar auch schon den Tatbestand des Gegenentwurfs und des Freudenthalschen Vorschlags auf Pflichten zu einer selbständigen Vermögensfürsorge von nicht untergeordneter Bedeutung beschränkt verstanden wissen[3]), ohne jedoch eine solche Beschränkung aus dem Wortlaut der genannten Tatbestände hinreichend belegen zu können. So ist der Treubruchstatbestand des § 266 n. F. in der Literatur zunächst auch dahingehend verstanden worden, daß er „in Anlehnung an die Treubruchstheorie die Verletzung jeder Treupflicht unter Strafe stellt"[4]). Selbst der Bäckerjunge, der eingenommene Gelder veruntreut, soll nach Schäfer[5]), ebenso wie der Lohnkutscher, Hausverwalter, Kellner, Milchmann usw., wie auch die in § 266 a. F. 1. u. 3[6]) genannten Personen unter die Strafdrohung des Treubruchtatbestandes fallen. Schneider-Neuenburg[7]) versteht unter der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen jede „Vornahme, Unterlassung oder Duldung alles dessen . . . was zum Besten eines anvertrauten Vermögens oder einzelner Teile eines solchen in weitgehendster Weise erheischt" (wenn Schneider-Neuenburg weiter meint, daß für den Begriff des Treuverhältnisses die zu § 266 a. F. herausgearbeiteten Grundsätze des Reichsgerichts hierüber Platz greifen müssen, so werden diese Grundsätze nur von geringem Nutzen sein, denn wie Pfeiffer[8]) gezeigt hat, hat das Reichsgericht in kaum einer Entscheidung die Bestrafung tatsächlich vom Bestehen eines Treuverhältnisses abhängig gemacht[9]).

Eine solche „weitgehendste" Auslegung, wie sie die Treubruchstheorie schon für § 266 a. F. forderte, und wie sie der Wortlaut der neuen Fassung nahelegt, brauchte bei § 266 a. F. nicht unbedingt zu unbilligen

[1]) S. 58/59.

[2]) S. 61 ff.

[3]) Pfeiffer, S. 78, vgl. a. S. 2.

[4]) Schäfer-Richter-Schafheutle, S. 22. Anm. 1. wörtlich ebenso schon Schäfer in Pfundtner-Neubert II c 6, S. 13 ff.

[5]) a. a. O., vgl. Schäfer, in DJZ. 1933, Sp. 795: „Die Fassung geht zweifellos sehr weit und ist, wie gesagt, bewußt weitgezogen . . . ".

[6]) Die Subjekte des § 266 Ziff. 3 hielt selbst Freudenthal nicht für tauglich.

[7]) Goltdammer Arch. 1933, S. 328.

[8]) S. 84.

[9]) Mit Ausnahme von wenigen Entscheidungen, wie etwa RG. v. 17. VI. 35 (in „Deutsches Strafrecht" 1935, S. 394 ff., Entscheidung betr. § 266 alter Fassg.).

Ergebnissen führen, da sie hier nur den Kreis der Untreuehandlungen erweitern konnte, dabei jedoch auf die aufgezählten Subjekte beschränkt bleiben mußte. Bedenklicher war sie schon bei dem vom Gegenentwurf vorgeschlagenen Tatbestande, doch war hier immerhin noch der Täterkreis auf durch Gesetz oder Rechtsgeschäft Verpflichtete beschränkt.

Nach geltendem Recht beschreibt das an sich schon nicht sehr bestimmte Merkmal einer Treupflicht nicht nur den Kreis der Untreuehandlungen, sondern begründet zugleich auch die Tätereigenschaft. Die Bedeutung des Mißbrauchstatbestandes wird hierdurch zu bloßem Beispielscharakter herabgedrückt, da er ganz in dem Treubruchstatbestand enthalten ist[1]). Es ist ungenau, wenn Schneider-Neuenburg[2]), der den Treubruchstatbestand „weitgehendst" auslegen will, dennoch von zwei gleichwertig nebeneinandergestellten Tatbeständen spricht. Richtiger nehmen Schwinge-Siebert hier ein Subsidiaritätsverhältnis für gegeben an, wobei sie je nach der Abhängigkeit vom Zivilrecht drei Tatbestände unterscheiden, den vom Zivilrecht abhängigen Mißbrauchstatbestand, einen zivilrechtlichen und einen rein tatsächlichen Treubruchstatbestand, bei dem die Pflicht sich einem tatsächlichen Treuverhältnis begründet[3]). Von diesen Tatbeständen sei stets der weitere dem engeren subsidiär. Wenn Mayer[4]) nur von einem einzigen Tatbestand spricht, dessen erster Halbsatz nur den Wert eines Auslegungsbehelfes für den zweiten, in dem er gänzlich enthalten sei, habe, so scheint mir das praktisch nicht zu sehr abweichenden Ergebnissen zu führen.

Der Mißbrauchstatbestand wäre nicht zu einer solchen untergeordneten Bedeutung verurteilt gewesen und es wären zugleich die tauglichen Täter der Untreue zweifelsfrei aus dem Gesetz zu ersehen gewesen, wenn man die Lücken der Kasuistik des § 266 a. F. dadurch geschlossen hätte, daß man zwar den Mißbrauchstatbestand, so, wie dies § 266 n. F. tut, generell beschrieben hätte, beim Treubruchstatbestand, den man an diesen Mißbrauchstatbestand anschloß, sich jedoch nicht vor einer kasuistischen Aufzählung der tauglichen Täter gescheut hätte. Eine ähnliche Lösung schlug Pfeiffer[5]) vor, der als tauglichen Täter der Untreue erstens den Träger einer Rechts- oder Treumacht, zweitens den Gegenvormund oder Mutterbeistand genannt haben wollte. Er kam hierzu auf Grund der Erwägung, daß das den Tätern gemeinsame Merkmal der Geschäftsführung zu weit sei, als daß nicht Fälle ohne Strafwürdigkeit von ihm umfaßt würden[6]). Zweifellos drückt § 266 n. F. den Mißbrauchstatbestand besser aus als der Pfeiffersche Vorschlag, auch gehören in einen an den Mißbrauchstatbestand anzufügenden kasuistisch gefaßten Treubruchstatbe-

[1]) Die von Dahm, S. 340/41 genannten Fälle bilden hiervon keine Ausnahme, da sie infolge mangelnder Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis des Täters auch nicht den Mißbrauchstatbestand erfüllen.

[2]) a. a. O., S. 325.

[3]) S. 19. Zustimmend Gerland, JW. 1933, S. 2944, der auch die Gefahr der Überspannung, die der dritte Tatbestand in sich trägt, betont.

[4]) Zbl. H. R. 1933, S. 147 und G. S. Bd. 104, S. 124.

[5]) S. 90.

[6]) Pfeiffer, S. 88.

stand noch viele andere Personenklassen außer den von Pfeiffer genannten. Sollten sich trotzdem noch Lücken zeigen, so wären sie bei der heutigen vereinfachten Art der Gesetzgebung leicht zu schließen, in Notfällen hilft auch die jetzt gegebene Möglichkeit der Analogie. Daß eine kasuistische Aufzählung ein „Kennzeichen liberalen Rechtsgedankens" (Dahm, S. 337) sei, kann ich nicht finden. Gerade der autoritäre Gesetzgeber wird sich nicht scheuen, dem Gesetz die Form zu geben, die seinen Willen am eindeutigsten zum Ausdruck bringt.

b) Durch den § 266 in seiner jetzigen Fassung wird aber nicht nur dem Mißbrauchstatbestand seine Bedeutung genommen, sondern dieselbe Gefahr besteht auch für die qualifizierte Unterschlagung, die Veruntreuung. Das, was die Veruntreuung des geltenden Rechts von der gewöhnlichen Unterschlagung unterscheidet, ist ja gerade, daß der Täter den Besitz oder Gewahrsam an der fremden beweglichen Sache auf Grund eines Treuverhältnisses ausübt, daß der Anvertrauende dem Täter ein besonderes Vertrauen entgegengebracht hat und dieser die Sache nur im Sinne des Anvertrauenden gebrauchen soll[1]). Der Gewahrsamsinhaber wird hierdurch stets zur Fürsorge für dieses Vermögensstück des Anvertrauenden verpflichtet, sei es auch nur, die Sache sorgfältig für den Anvertrauenden aufzubewahren (z. B. §§ 688, 690 BGB.) oder darauf zu achten, daß die Sache keinen Schaden nimmt (z. B. als Pflicht des Mieters in § 545 BGB.). Der Gewahrsamsinhaber ist somit verpflichtet, Vermögensinteressen des Anvertrauenden zu betreuen, denn eine solche Pflicht ist nicht nur bei einer Fürsorge für ein gesamtes Vermögen gegeben, sondern auch bei der für Vermögensteile. Verletzt er diese Pflicht, so erfüllt er den Treubruchstatbestand des § 266 n. F., es sei denn, daß man diesen Tatbestand Einschränkungen unterwirft, die sich nicht aus seinem Wortlaut ergeben.

Dieser Rechtszustand, nach dem fast jeden Veruntreuungstäter zugleich die schwerere Untreuestrafe trifft, gewinnt noch an Bedeutung durch den Umstand, daß die neue Untreuestrafdrohung, die auch den Vater als gesetzlichen Vertreter seiner Kinder bedroht, keine Straffreiheit für eine gegen Deszendenten begangene Tat vorsieht, im Gegensatz zur Untreue der Entwürfe und zur Veruntreuung auch des geltenden Rechts. Der § 247 Abs. 2 wird somit praktisch bedeutungslos, soweit er von der Unterschlagung spricht, denn tatsächlich wird es sich fast immer bei einer Unterschlagung, die Verwandte aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie begehen, ebenso wie meist bei einer Unterschlagung unter Ehegatten um eine Zueignung einer anvertrauten Sache handeln. Es ist selbst schon, wenn sich die Handlung nicht gegen eine bewegliche Sache richtet, zweifelhaft, ob ein Strafbedürfnis bei jeder Untreuehandlung eines Vaters gegen sein Kind gegeben ist, und dies dazu ohne das Erfordernis eines Antrages. Mayer kritisierte schon bei der Beurteilung des Entwurfes von 1925 die Strafbarkeit der Untreue des Vaters und sagte von ihr, daß sie

[1]) Vgl. hierzu Olshausen, § 246 Nr. 23.

nur dem aufklärerischen Recht entspräche, das Kindes- und Frauengut als völlig fremdes Vermögen betrachte entgegen der alten deutschen „vernünftigen, nicht vernünftelnden Auffassung“[1]). Heute bedauert er sie als „eine Anomalie, die zum Geist der heutigen Zeit nicht paßt“[2]). Peschke[3]) wünscht wenigstens das Antragserfordernis als Ergänzung. Hiergegen scheint mir allerdings einzuwenden zu sein, daß nach heutiger Rechtsauffasssung der Vater das Vermögen des Kindes nicht als sein eigenes, sondern als fremdes Eigentum verwaltet und daß es nötig ist, dieses Vermögen gegen schwer kontrollierbare schädigende Vermögensverfügungen des Vaters zu schützen. Ein Antragserfordernis, das den Vater dem Wohlwollen des Kindes über 18 Jahren oder sonst einem erst ad hoc einzusetzenden Pfleger ausliefert, ist auch nicht im Interesse der Familienpflege zu wünschen. Wenn es sich jedoch um die — im allgemeinen leichter ersichtliche — Zueignung von Sachen des Kindes handelt, ist der Rechtsgedanke des § 247 Abs. 2, der hier Straflosigkeit vorsieht, entschieden zweckmäßiger. Man kommt sonst zu dem Ergebnis, daß selbst ein Vater, der sich in Vermögensverlegenheit befindet und darum Geld seines einen Kindes dazu verwendet, um Arzt- oder Kurkosten seines anderen Kindes zu bezahlen, unter die Strafdrohung des § 266 n. F. fällt, und dies selbst dann, wenn er die Absicht hatte, das Geld später zu ersetzen[4]).

Daß § 247 als solcher nicht für die Fälle des § 266 gilt, ist schon dargelegt (s. o.)[5]).

Trotzdem gibt es auch oder vielmehr gerade bei einer uneingeschränkten Auslegung des § 266 n. F. eine Lösung, die dem Veruntreuungstatbestand und somit auch dem § 247 ihre Bedeutung läßt. Es ist hier ein Fall der Gesetzeskonkurrenz gegeben. Allerdings wurde schon gezeigt, daß auch unter einen weitausgelegten Treubruchstatbestand nicht sämtliche Fälle der Veruntreuung fallen. Die Beschränkung des Täterkreises, die dem bisher im Wege stand, ist zwar jetzt gefallen, es bleiben aber die Fälle, bei denen zwar das Eigentum des Anvertrauenden verletzt wird, ohne daß er dadurch aber einen Vermögensnachteil erleidet, da seinem Vermögen zugleich eine äquivalente Vermögensvermehrung zugeführt wird. Der bloße Ersatzanspruch gegen den Täter ist natürlich kein solches Äquivalent, sondern gegenüber dem Eigentum an der Sache ein Minus. Ebensowenig wird durch Ersatzabsicht des Täters die Vermögensbeschädigung ausgeschlossen, auch nicht, wenn dieser später diese Ersatzabsicht verwirklicht; denn dann war, wenn auch nur vorübergehend,

[1]) Die Untreue, S. 325, 326, 343.
[2]) In ZBl. HR. S. 149.
[3]) DJZ. 1933, S. 1098 .
[4]) Es sei denn, der Fall liegt so, daß sich der Vater auf übergesetzlichen Notstand berufen kann.
[5]) Dasselbe gilt für die anderen privilegierten Fälle der Unterschlagung. Ein Vater oder Ehemann, der aus Not geringwertige Gegenstände aus dem ihm anvertrauten Vermögen unterschlägt, wäre demnach wegen Untreue strafbar. Bei der Annahme von Idealkonkurrenz kann ebensowenig wie § 247 der § 248 a von der Untreuestrafe befreien. Selbst Fälle des § 370 Z. 5 lassen sich unter den neuen § 266 subsumieren!

das Vermögen vermindert. Die Fälle der Veruntreuung, die sich nicht zugleich unter den Untreuetatbestand subsumieren lassen, sind somit praktisch verschwindend selten; immerhin verhindert ihre Möglichkeit, daß man ein Spezialitätsverhältnis der Veruntreuung zur Untreue annehmen kann, da eben erstere ein Tatbestandsmerkmal der letzteren nicht mitenthält, nämlich das Erfordernis des Vermögensnachteils.

Mit Recht wird aber nicht nur im Falle einer solchen echten Spezialität angenommen, daß der engere Tatbestand im Falle eines Zusammentreffens den weiteren ausschließt, sondern ein Fall von Gesetzeskonkurrenz ist auch dann gegeben, wenn eine Erfüllung des einen Tatbestandes in der Regel auch den anderen erfüllt. Es kann auch nicht dem Sinne eines vernünftigen Gesetzes entsprechen, wenn die an einen Tatbestand geknüpfte Strafdrohung regelmäßig durch das ideale Konkurrieren eines anderen Tatbestandes bedeutungslos gemacht wird! Das Reichsgericht fordert für einen solchen Fall der Gesetzeskonkurrenz: „Die eine Straftat muß eine, wenn nicht notwendige, so doch regelmäßige Erscheinungsform der anderen sein" (RG. 60,117 [122]). Ähnlich sieht RG. 40,430 (431) Gesetzeskonkurrenz für gegeben an, wenn eine Verübung der einen Straftat bei Vornahme der anderen „dem regelmäßigen Verlauf der Dinge entspricht". Einen Anhalt gibt hier auch eine Entscheidung des Reichsgerichts über das Verhältnis der Prävarikation zu Ziff. 2 des § 266 a. F.[1]), in der u. a. gesagt wurde: „Zwar geht nicht in dem Tatbestand des § 356 derjenige des § 266 Nr. 2 restlos auf, sondern z. T. überschneiden sich die Tatbestände (Handeln zum Nachteil, Bereicherungsabsicht), aber für solche Fälle, in denen der Tatbestand des § 356 verwirklicht ist, gilt diese Vorschrift mit ihrer schwereren Strafdrohung als eine gegen den besonderen Personenkreis gerichtete Strafbestimmung, und es wäre auch kein vernünftiger Grund ersichtlich, da wo der Tatbestand des § 356 gegeben ist, daneben noch Untreue anzunehmen". Ebensowenig ist m. E. ein vernünftiger Grund ersichtlich, bei den in § 246 bedrohten besonderen Treubruchsfällen noch Untreue anzunehmen. Allerdings ist die Lage insofern anders, als die Prävarikation mit schwererer Strafe bedroht war als die Untreue nach § 266 a. F., während § 246 eine mildere Strafdrohung enthält als § 266 n. F. Man könnte nun einwenden, es sei sinnlos, jemanden, der die Obhutspflicht über eine fremde bewegliche Sache verletzt, indem er sie sich zueignet, geringer zu bestrafen als den, der etwa eine Forderung im gleichen Wert für sich einzieht. Hiergegen ist zu sagen, daß es für den Eigentümer viel leichter ist, auf eine weggegebene Sache acht zu geben und eine Zueignung durch den Treubrecher meist bald zu entdecken, als es für den Vermögensträger möglich ist, andere Verfügungen und Verpflichtungen dessen, dem er sein Vermögen anvertraut hat, zu kontrolliern. Es ist darum nicht unbegründet, ihn im letzteren Fall durch die abschreckende Wirkung einer höheren Strafdrohung zu schützen.

Was hier für die Veruntreung festgestellt ist, gilt auch für die Amtsunterschlagung. Wenn Schwinge-Siebert behaupten, daß § 266 nur das

[1]) RG. I 24. XI. 1933 in JW. 1934, Nr. 27.

Vermögen als Einrichtung des privatrechtlichen Rechtsverkehrs schützen wolle und daß deshalb eine Treupflichtverletzung, die den Staat oder eine öffentliche Anstalt schädigt und von einem Beamten in Ausübung staatshoheitlicher Befugnisse begangen ist, nicht als Untreue strafbar sei[1]), so wird hierdurch m. E. die Wirkungsmöglichkeit des § 266 n. F., der gerade jegliche Art von Korruption treffen wollte, zu stark eingeengt[2]). Auch in Ausübung staatshoheitlicher Befugnisse kann ein Beamter den Staat als Vermögensträger pflichtwidrig benachteiligen. Man denke etwa an einen Steuereinnehmer, der einen Freund vorsätzlich zu gering in der Steuer veranlagt. Ein solcher Fall fordert strafrechtliche Ahndung, die disziplinarrechtliche oder politische Verantwortlichkeit, auf die Schwinge-Siebert für die Beamten verweisen, reicht hier nicht aus.

Ein Beamter, der sich Gelder oder andere Sachen zueignet, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen hat, verletzt damit seine Pflicht, die Vermögensinteressen des Staates wahrzunehmen. Die Untreue ist somit regelmäßige Erscheinungsform auch der Amtsunterschlagung, diese steht zu ihr in einem spezialitätsähnlichen Verhältnisse, das Gesetzeskonkurrenz begründet.

Wenn Stanner[3]) meint, im Tatbestand der Veruntreuung fehle das Merkmal der Treupflicht des Untreuetatbestandes, so übersieht er hierbei, daß die Veruntreuung sich von der gewöhnlichen Unterschlagung nicht nur dadurch unterscheidet, daß das tatsächliche Verhältnis des Täters zur Sache auf irgend einem Rechtsgeschäft beruht[4]), sondern daß zum „Anvertrauen" eben ein besonderes Vertrauen zu dem Gewahrsamsinhaber gehört, das eine Treupflicht desselben begründet[5]), nur in einer bestimmten Weise mit der anvertrauten Sache zu verfahren[6]). Stanner geht aber noch weiter. Er leugnet nicht nur, daß das Vorliegen einer Treupflicht Tatbestandsmerkmal der qualifizierten Unterschlagung ist, sondern er behauptet sogar, daß, so wie der Gewahrsamsbruch das Vorliegen einer Unterschlagung ausschließt und eine Handlung zum Diebstahl stempelt, ebenso im Verhältnis von Untreue zu Unterschlagung die letztere ausgeschlossen sei, wenn der Bruch einer Treupflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen gegeben ist[7]). Auf diesem Wege kommt Stanner zur Annahme eines Alternativitätsverhältnisses zwischen Untreue und Unterschlagung, und zwar gebraucht er diesen vieldeutigen[8]) Ausdruck im Sinne Honigs[9]), die Tatbestandselemente der beiden Delikte seien unvereinbar und somit ein Zusammentreffen gar nicht denkbar. Abgesehen davon, daß schon die

[1]) Das neue Untreuestrafrecht, S. 59.
[2]) Gegen diese Unterscheidung auch Stanner, S. 46 47 mit zutreffenden Gründen.
[3]) S. 33.
[4]) so Stanner, S. 32.
[5]) Dies ist auch die Ansicht der Strafrechtskommission, s. u. S. 50.
[6]) Vgl. Hirschfeld, S. 65, 67.
[7]) Stanner, S. 34.
[8]) Vgl. oben S. 17 und Rompel, S. 16 ff.
[9]) s. oben S. 15 Anmerkung 3.

Voraussetzungen, die für das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung zu diesem Ergebnis führen sollten, in Zweifel gezogen werden mußten, kann ich das Ergebnis auch aus einem Grunde nicht begrüßen: Stanner betrachtet diese Alternativität als einen Fall der Gesetzeskonkurrenz[1]). Dies ist, wie schon Rompel in seiner eingehenden Untersuchung über die „Alternativität" nachgewiesen hat, unrichtig. Wenn die Merkmale zweier Tatbestände unvereinbar sind, so hat das zur Folge, daß die beiden Gesetze gerade nicht um Anwendung auf eine Handlung konkurrieren können, da keine Handlung beide Tatbestände zu erfüllen vermag. Es ist Rompel aber auch darin recht zu geben, daß es den Begriff der Alternativität an Bedeutung fehlt, denn wenn wirklich zwei Tatbestände unvereinbar sind, so erübrigt es sich, ihr Verhältnis zueinander zu untersuchen, es ist bei ihnen nur wichtig, ihre Abgrenzung festzustellen. Auch Helmuth Mayer sprach bei der Untersuchung des Verhältnisses von § 266 a. F. zu § 246 von alternativer Gesetzeskonkurrenz. Wie wir sahen[2]), meinte er damit aber nichts anderes als Subsidiarität. Bei § 266 n. F. spricht er dann auch von der Untreue als von einer gegenüber der Unterschlagung und anderen Delikten im wesentlichen subsidiären Bestimmung[3]). Er kommt damit im Erfolg zu demselben Ergebnis wie die hier vertretene Annahme eines spezialitäts-ähnlichen Verhältnisses.

c) Die Annahme einer Gesetzeskonkurrenz von Untreue und Veruntreuung bringt aber nur die Begrenzung des Treubruchstatbestandes in einer Richtung. Andere Fragen, die dieser weite Tatbestand der Rechtsprechung stellt, bleiben noch ungelöst. Soll wirklich die Sachbeschädigung, die die Hausangestellte vornimmt, mit Untreuestrafe belegt werden? Ist der Diebstahl des Vormundes gegen sein Mündel Untreue? Sind die von den Anhängern der Mißbrauchstheorie dem Gegenentwurf vorgehaltenen Fälle[4]) jetzt strafbar? In allen diesen Fällen scheint es zweifelhaft, ob eine Untreuestrafe am Platz ist. Die Rechtsprechung hat darum versucht, den Treubruchstatbestand gewissen Einschränkungen zu unterwerfen.

Ein Urteil des Reichsgerichts vom 18. X. 1934[5]) sucht noch die Einschränkungen, die „der außerordentlich weitgesteckte Rahmen des äußeren Tatbestandes des § 266" notwendig macht, durch strenge Anforderungen an den inneren Tatbestand zu gewinnen. Hierbei ist aber zu beachten, daß das genannte Urteil aus dem Mißbrauchstatbestand verurteilt, unter dem es fälschlicherweise auch Handlungen subsumiert, die, wenn sie überhaupt als Untreue strafbar sind, nur unter den Treubruchstatbestand fallen, so die Unterschlagung von in einer vom Täter verwalteten Heilstätte hergestellten Kost.

[1]) S. 22 f.

[2]) s. o. S. 17.

[3]) z. B. HR. 1933, S. 146.

[4]) s. o. S. 38.

[5]) Abgedruckt in „Deutsches Strafrecht" 1935, S. 44/45, auch in DRZ. Rspr. 1935 Nr. 120; RG. 68,371 ff.

RG. 69,15[1]) handelt vom Treubruchstatbestand und kommt zu der zweifellos richtigen Feststellung, daß die in diesem Tatbestand gestützte Pflicht nicht allgemein aus dem Begriff des Treuverhältnisses bestimmt werden könne, sondern sich nach dem jeweiligen Fall richte. Wie wollte man auch allgemein aus dem Begriff des Treuverhältnisses feststellen, welche Interessen eines fremden Vermögens jemand zu betreuen hat!

Zu einer konkreteren Einschränkung des Treubruchstatbestandes kommt RG. 69,58[2]). Das Urteil erkennt an, daß man unter dem Treubruchstatbestand alle Aufgabenkreise und Tätigkeiten subsumieren kann, die eine Einwirkung irgendwelcher Art auf das Vermögen oder auch Vermögensteile eines anderen zum Gegenstand haben, dies sei im Schrifttum vielfach geschehen, ohne daß sich aus dem Wortlaut des Gesetzes etwas Zwingendes hiergegen entnehmen ließe. Es könne dies aber nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Dieser habe „im Kampf gegen „Schiebertum" und „Korruption" den strafrechtlichen Schutz von Treu und Glauben im Verkehr sowie die Sicherung des gegenseitigen Vertrauens in Handel und Wandel erweitern und verstärken" wollen. Der Bereich der strafbaren Untreue habe zwar erweitert werden sollen, ohne daß aber „jeder kleinste, vom Standpunkt der Volksgesamtheit vielleicht bedeutungslose Fehltritt den schweren Folgen der neuen Strafbestimmung unterstellt werden sollte". Es sei — und dies ist jetzt für das Reichsgericht das entscheidende Kriterium, das deshalb hier noch zitiert werden soll — „an Pflichten oder Pflichtenkreise gedacht, die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken, so daß der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit hat, mag auch ein solcher Pflichtenkreis an Bedeutung und Umfang hinter dem eines Vormundes, eines Testamentsvollstreckers oder anderer Vermögensverwalter im eigentlichen Sinne mehr oder weniger zurückbleiben und sich mehr einer einzelnen Geschäftsbesorgung im Sinne des bürgerlichen Rechtes nähern". Allerdings sei es nicht möglich, „eine eindeutige, alle Fälle treffende Grenze zu ziehen, so daß gewissermaßen ein Schlüssel dafür gewonnen wäre, was unter den § 266, was über ihn hinausfällt". Auf Dauer, Umfang und eine gewisse Selbständigkeit der Vermögensfürsorge stellt es das Reichsgericht auch in einer Entscheidung vom 25. II. 1935[3]) ab, unter Berufung auf das zitierte Urteil. Das Reichsgericht macht somit wenigstens den Versuch, einer ins Grenzenlose gehenden Auslegung des § 266 n. F. vorzubeugen. Die vorgeschlagene Lösung gibt aber zu Bedenken Anlaß. Zunächst einmal verzichtet sie ausdrücklich auf eine Abgrenzung der Untreue von der Unterschlagung, obwohl sie zugibt, daß die Untreue jetzt weit in das Gebiet der Unterschlagung, besonders der Veruntreuung, hin-

[1]) Urt. v. 28. XI. 1934, auch DRZ. Rspr. 1935, Nr. 119 und JW. 1935, S. 529 Nr. 33.

[2]) I 14. XII. 1934, auch in Deutsche Justiz 1935, S. 300, DRZ. Rspr. 1935, Nr. 179, JW. 1935, S. 941 ff. Nr. 26.

[3]) RG. 69,146; DRZ. Rspr. 1935, Nr. 370, Deutsche Justiz, 1935, S. 750.

eingreift und auch „der § 350 StGB. in weitem Umfang seiner Bedeutung entkleidet" wird[1]). Es sei nicht zu untersuchen, meint das Reichsgericht, ob der Gesetzgeber das beabsichtigt habe; selbst wenn es zu schweren Unbilligkeiten führen könne, sei dem „schon aus grundsätzlichen Erwägungen" nicht durch eine Einengung der Begriffsbeschreibung des Abs 1 zu begegnen. Der § 266 sei, wie bisher, nicht auf die von § 246 nicht erfaßten Fälle zu beschränken[2]).

Dabei macht sich das Reichsgericht die Abgrenzung der beiden Tatbestände durch Annahme eines spezialitätsähnlichen Verhältnisses gerade dadurch unmöglich, daß es diese Begriffsbestimmung des Absatzes 1 soweit einengt, daß sich viele Fälle der Veruntreuung nicht mehr unter ihn subsumieren lassen, und deshalb die Veruntreuung nicht als regelmäßig in der Untreue enthalten angesehen werden kann.

Selbst wenn die Beschränkung des Kreises der Vermögenspflichten nach den unbestimmten Merkmalen Dauer, Umfang und Selbständigkeit, die der Richter näher bestimmen soll, die strafbare Untreue auf wenige besonders strafwürdige Fälle einengt, so erscheint doch die Berufung auf den Willen des Gesetzgebers nicht begründet: Das Wort „Korruption" läßt noch nicht erkennen, welches Maß korrupten Handelns zur Strafbarkeit ausreichen soll; wollte der Gesetzgeber aber allgemein „Treu und Glauben im Verkehr" schützen, so mußte er jedes Schuldverhältnis unter strafrechtlichen Schutz stellen, ein Gedanke, den das Reichsgericht mit Recht abweist. Es scheint vielmehr, als ob das Reichsgericht das, was es vielleicht nicht ohne Grund de lege ferenda für wünschenswert hält, als Willen des Gebers der lex lata ansieht. Dabei spricht das Gesetz selbst gegen eine derartige Auslegung: es spricht nur von einer Nachteilszufügung „dem, dessen Vermögensinteressen er — der Täter — zu betreuen hat". Unbestritten gilt dieses Tatbestandselement auch für den Mißbrauchstatbestand, woraus sich ergibt, daß der Gesetzgeber den Mißbrauchstatbestand als völlig im Treubruchstatbestand enthalten ansieht[3]). Die reichsgerichtliche Rechtsprechung müßte darum mit dem Treubruchstatbestand automatisch auch den Mißbrauchstatbestand auf Rechtsverhältnisse von einer gewissen Dauer und einem über bloße Einzelfälle hinausgehenden Umfang beschränken. Es blieben dann viele Fälle straflos, die schon nach § 266 a. F. strafbar waren, und die straflos zu lassen, nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein wird. Als Beispiel sei nur der Fall eines Bevollmächtigten genannt, der nur zur Einziehung einer einzelnen Forderung bevollmächtigt ist und diese vorsätzlich verjähren läßt oder gar für sich einzieht. Doch auch den Treubruchstatbestand in der angegebenen Weise einzuschränken,

[1]) RG. 69,58 (63).

[2]) Auch gegenüber der Notunterschlagung und der Genußmittelentwendung (vgl. o. S. 41 A. 5) gibt die Einschränkung des RG. keine Grenze. Die einschränkenden Kriterien des RG. beziehen sich ja nicht auf den veruntreuten Gegenstand, sondern nur auf den Pflichtenkreis, der die Tätereigenschaft begründet.

[3]) Rothschild, S. 45 wendet sich gegen eine solche Schlußfolgerung. „Dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat" solle nur den durch eine der beiden Untreuealternativen Geschädigten bezeichnen. Eine Pflicht zur Vermögensfürsorge setze dieser Ausdruck nicht voraus. Wer Vermögensinteressen zu betreuen hat, hat m. E. aber doch eine solche Pflicht.

kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Wir haben gesehen, daß der Entwurf 1925 als Ergänzung zur Unterschlagung fremder Sachen die Veruntreuung solcher anvertrauter Sachen mit Strafe bedrohte, die formell im Eigentum des Täters stehen, eine Strafvorschrift, die der Entwurf 1927 als § 348 Abs. 2 seiner Untreuebestimmung angegliedert hatte, da sich die Tat nicht gegen das Eigentum, sondern gegen das Vermögen richte. Es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber auch diese Handlungen unter § 266 n. F. fallen lassen wollte, zumal sie der Treubruchstatbestand, wenn man ihn nicht der einschränkenden Auslegung des Reichsgerichts unterwirft, ohne weiteres mitumfaßt. Die Strafbarkeit der Veruntreuung anvertrauter, jedoch im Eigentum des Täters stehender Sachen aber auf Rechtsverhältnisse von langer Dauer und größerem Umfang einzuschränken, scheint mir ebenso wenig angebracht, wie eine solche Einschränkung etwa bei der Unterschlagung fremder Sachen wünschenswert wäre.

Auch Schwinge[1]) hält eine solche „Abstellung auf Dauer und Zahl der Geschäfte", die einen Bankier straflos läßt, der mit einem einzelnen größeren Börsengeschäft betraut ist und mit einem Schlage die Summe veruntreut, für falsch. Unter Berufung auf seine mit Siebert verfaßte Monographie hält er für die richtige Umschreibung des Treubruchtatbestandes, wenn man unter ihn nur Pflichten fallen läßt, die den wesentlichen Inhalt des zwischen Treugeber und Täter bestehenden Innenverhältnisses bilden. Ähnlich sieht Peschke[2]) die richtige Abgrenzung der Treuverhältnisse darin, daß hier nur solche Treuverhältnisse hergehören, bei denen sich die Pflicht, fremde Vermögensinteressen zu betreuen, als Hauptpflicht darstellt. Diese Hauptpflicht soll über die Pflicht, irgendwelche geschuldete Leistungen zu erfüllen, hinausgehen. Diese Beschränkung auf die Hauptpflicht eines Innenverhältnisses scheint mir zweckmäßiger, als die des Reichsgerichts. Sie trifft auch den Bruch einer Treupflicht, die nur für einen einzelnen Fall besteht, auch wird sie die meisten Fälle der Veruntreuung von im Eigentum des Täters stehenden Sachen erfassen. Eine klare Abgrenzung gegen die Unterschlagung bringt sie jedoch nicht, es sei denn, daß man sich auch hier zur Annahme einer Gesetzeskonkurrenz entschließt, was Schwinge-Siebert nicht tun[3]). Die Pflicht zur Fürsorge für die Sache wird allerdings nicht immer, aber doch häufig Hauptpflicht des Veruntreuungstäters gewesen sein. Vor allem wird es häufig sehr schwer festzustellen sein, ob sich eine Pflicht gerade als „Hauptpflicht" darstellt oder nicht, wenn dieses Merkmal auch klarer abgrenzbar ist, wie „Umfang und Dauer". Schon bei dem Verwahrer, den nach Peschke[4]) keine solche Hauptpflicht trifft, ist es zweifelhaft, ob die ihm aus Vertrauen auferlegte Obhut über die Sache, also über ein fremdes Vermögensstück, nicht doch seine hauptsächliche Pflicht ist. Auch dann, wenn die Fürsorgepflicht für fremdes Vermögen nur die Folge eines familienrechtlichen Verhältnisses ist, ist es schwer zu entscheiden, ob sie als Hauptpflicht bezeichnet werden kann.

[1]) JW. 1935, S. 1697.
[2]) DJZ. S. 1098 ff.
[3]) S. 61: „Daß Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung treten kann, ist nach neuem Recht nicht mehr zu bezweifeln."
[4]) a. a. O.

Einen Hinweis auf eine wesentlich bessere Abgrenzung scheint mir Finger[1]) zu geben. Nach ihm gehören hierher nur aus den besonderen Verhältnissen des § 266 entspringende Pflichten, nicht allgemeine Rechtspflichten, wie die Pflicht, eine fremde Sache nicht zu beschädigen.

Wenn man als Untreue nur die Verletzung solcher Pflichten bestraft, die gerade einen Treuverpflichteten treffen, nicht aber einen jeden, so beschränkt man die Untreue, ohne dem Tatbestand Zwang anzutun, auf das ihr wesenseigene Gebiet. Es muß bei dem Treubruchstatbestand also ein Treuverhältnis vorliegen, d. h. ein Verhältnis, das über das allgemeine Maß an Treu und Glauben hinaus ein besonderes Vertrauen zu dem Verpflichteten voraussetzt. Den, dem so fremdes Vermögen anvertraut ist, treffen die verschiedensten Pflichten. Teils handelt es sich hierbei um solche, die einen jeden treffen, wie z. B., sich eine fremde Sache nicht zuzueignen, sie nicht zu beschädigen, in Brand zu setzen, nicht einen Betrug zu verüben und dergleichen mehr. Zum anderen Teil treffen ihn Pflichten, die gerade ihn speziell infolge des Treuverhältnisses treffen, wie z .B., eine Forderung nicht verjähren zu lassen, die Bücher richtig zu führen, als Aufsichtsrat die Geschäftsführung der Gesellschaft zu überwachen (HGB. § 246), als Gegenvormund darauf zu achten, daß der Vormund die Vormundschaft richtig führt (BGB. § 1799), als Mutterbeistand die Mutter zu unterstützen und zu überwachen und dergleichen. Hierher gehört auch die Veruntreuung eigener Sachen. Im allgemeinen darf jeder seine eigene Sache für sich verwenden, resp. selbst darüber entscheiden, auf welche Weise er sie im Interesse der Gesamtheit verwenden will. Eine aus einem Treuverhältnis entspringende Pflicht, die Sache nur im Sinne eines anderen, des Anvertrauenden, zu verwenden, ist bei einer eigenen Sache eine besondere Pflicht, die unter § 266 fällt. Da die Pflicht, eine fremde Sache nicht zu unterschlagen, einen jeden trifft, so sind auf diese Weise die Gebiete der Untreue und der Unterschlagung geschieden. Auch die Beispielseigenschaft, die der Mißbrauchstatbestand in § 266 n. F. für den Treubruchstatbestand haben soll, erlangt so erst eine Bedeutung: Wie unter den Mißbrauchstatbestand nur solche Handlungen fallen, zu denen den Täter erst seine Stellung ermächtigt, so gehören unter den Treubruchstatbestand nur die Verletzungen solcher Pflichten, die dem Täter erst infolge des Treuverhältnisses obliegen.

[1]) G. S. Bd. 103, S. 336.

§ 5.

Das kommende Recht.

a) Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 sollte ähnlich wie das Bayer. Notgesetz schnell eine Handhabe zur Bekämpfung der Korruption bilden, da die Strafdrohung des § 266 a. F. für diesen Kampf sich als zu mild und außerdem sein Tatbestand sich hierfür als zu eng erwiesen hatten, weil seine Lücken ihn in vielen strafwürdigen Fällen, wie z. B. gegen den ungetreuen Aufsichtsrat, versagen ließen. Diesen Zweck hat § 266 n. F. erfüllt, ließ aber, wie gezeigt ist, manche Fragen offen, die ein endgültiges Gesetz, das in größerer Muße vorbereitet werden kann, zu beantworten hat. So kann schon jetzt mit Bestimmtheit gesagt werden, daß sich Stanners[1]) Erwartung, mit einer Abänderung der heute geltenden Untreuebestimmungen im Rahmen der allgemeinen Strafrechtsreform sei nicht zu rechnen, nicht bewahrheiten wird.

Die Denkschrift des Preußischen Justizministers ließ allerdings den Tatbestand noch unverändert[2]), nur daß sie — hierin ihren allgemeinen Grundsätzen folgend — die Untreue schon im Versuchsstadium treffen will. Bei der Untreue wird es allerdings oft schwieriger sein als bei anderen Delikten, die Handlung schon in diesem Stadium festzustellen.

Der Grundsatz der Unternehmensstrafe ist auch von der amtlichen Strafrechtskommission angenommen[3]). Daneben wird diese aber, wie aus dem veröffentlichten Bericht hervorgeht, den Tatbestand der Untreue wie auch den der Unterschlagung umgestalten und die Frage nach dem Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung eindeutig beantworten. Die Strafrechtskommission stellt sich unter ausdrücklicher Ablehnung der Mißbrauchstheorie auf den Boden der Treubruchstheorie[4]). In der vorgeschlagenen Fassung[5]) kommt dies klar zum Ausdruck[6]), ebenso, daß der Mißbrauch einer Verfügungsmacht nicht die Stellung eines selbständigen Tatbestandes neben einem solchen Treubruchstatbestand hat, sondern ein Beispielsfall des letzteren ist. Wie schon oben dargelegt ist, würde ein solcher Tatbestand des „Treubruchs" die Fälle der qualifizierten Unterschlagung des geltenden Rechts, der Veruntreuung im wesentlichen mitumfassen, denn in der Täuschung fremden Vertrauens, in einem Treubruch liegt auch das Wesen der Veruntreuung. Dies ist auch die Ansicht der

[1]) S. 12.
[2]) Denkschrift S. 101/02.
[3]) Freisler, S. 24.
[4]) Dahm, S. 334 f.
[5]) ebendort, S. 343/44.
[6]) Der neue Tatbestand soll auch nicht den Namen „Untreue", sondern „Treubruch" tragen.

Kommission[1]), die hieraus die Folgerung gezogen hat, auf eine selbständige Strafdrohung gegen die Veruntreuung zu verzichten und diese wie den Mißbrauch der Verfügungsmacht als Beispiel der Verwirklichung des Treubruchstatbestandes zu nennen. Wenn so die Veruntreuung von Sachen, die im fremden Eigentum stehen, ausdrücklich als ein Fall des Treubruchs genannt ist, so gehört auch nach kommendem Recht, wie nach dem geltenden, die Veruntreuung solcher Sachen, die formell im Eigentum des Täters stehen, unter den Treubruchstatbestand.

Daß so diese beiden Möglichkeiten der Veruntreuung nicht getrennt in den Tatbeständen der Unterschlagung und der Untreue untergebracht sind, sondern ihrem typischen Merkmal, dem Bruch fremden Vertrauens, entsprechend zusammen im Untreue-, d. h. Treubruchsparagraphen, ist sehr zu begrüßen. Es erübrigt sich jetzt die Feststellung, in wessen Eigentum formell die veruntreute Sache stand, eine Feststellung, die besonders bei Geld äußerst schwierig war und deren Entscheidung oft von Zufälligkeiten abhing[2]). Der Konstruktion Mayers[3]), der immer dann Fremdheit des Geldes annehmen wollte, wenn das Geld für den Anvertrauenden greifbar gehalten werden sollte, bedarf es jetzt nicht mehr.

Dadurch, daß so die Fälle, bei denen primär der Treubruch bestraft wird, aus der Unterschlagung ausgeschieden werden, entspricht diese jetzt ganz ihrem wahren Charakter als Eigentumsverletzungsdelikt.

Das Erfordernis des geltenden Rechtes, daß der Unterschlagungstäter die Sache schon vor der Zueignung in Gewahrsam gehabt haben muß, soll fallen gelassen werden. Es hat besonders bei der Fundunterschlagung zu großen Schwierigkeiten geführt[4]), soweit man nicht unzulässigerweise versuchte, es zu ignorieren. Die Unterschlagung soll sich von dem anderen Eigentumsverbrechen, Raub und Diebstahl, nur dadurch unterscheiden, daß deren besondere Merkmale ihr fehlen, sie ist ihnen gegenüber ausdrücklich subsidiär. Auch dem Treubruch gegenüber ist sie für subsidiär erklärt, und somit ist auch das Verhältnis zu diesem zweifelsfrei bestimmt.

b) Bei einer Zueignung einer fremden beweglichen Sache — nichts anderes als Zueignung soll nämlich das „sich zum Herren machen" bedeuten[5]) — muß man also künftig folgendermaßen unterscheiden:

1. Die Sache befand sich nicht im Alleingewahrsam des Täters. Hier liegt Diebstahl vor, bei gewaltsamer Wegnahme oder Abnötigung Raub als besonderer Fall des Diebstahls[6]). Daß hier nicht eine vollendete Zu-

[1]) Vgl. Kohlrausch, im „Bericht" Bes. Teil, S. 311: „Die Veruntreuung von Sachen ist keine Abart des rechtswidrigen Behaltens. Vielmehr: Wie man sich eine Sache durch Wegnahme zueignen kann, kann man es auch durch Treubruch. Im ersten Falle ist Strafgrund der Einbruch in den fremden Besitzstand, im zweiten die Täuschung fremden Vertrauens."

[2]) Vgl. hierzu Helmuth Mayer, G. S. Bd. 104, S. 100 ff., Schönke, Deutsche Justiz 1934, S. 1091, Kohlrausch, Bericht, Bes. Teil, S. 300.

[3]) a. a. O.

[4]) s. o. S. 16.

[5]) Kohlrausch, a. a. O., S. 306.

[6]) Vgl. Kohlrausch, a. a. O., S. 309.

eignung, sondern die Absicht einer solchen genügt, spielt im künftigen Recht, das den Versuch wie die vollendete Tat straft, keine so entscheidende Rolle mehr wie im geltenden.

2. Die Sache befand sich im Alleingewahrsam des Täters, war ihm anvertraut (es bestand also ein Treuverhältnis) und die Handlung hat dem Eigentümer der Sache einen Vermögensnachteil zugefügt: Treubruch.

3. Die Sache befand sich im Alleingewahrsam des Täters, war ihm anvertraut, die Handlung hat jedoch dem Eigentümer keinen Vermögensnachteil zugefügt (seltener Fall): Unterschlagung.

4. Die Sache befand sich im Alleingewahrsam des Täters, es bestand jedoch kein Treuverhältnis, dann liegt, gleichgültig ob die Handlung den Eigentümer benachteiligt hat oder nicht, nur Unterschlagung vor.

Wie ist es nun, wenn zu den unter 1. genannten Voraussetzungen das Bestehen eines Treuverhältnisses hinzukommt, wenn z. B. der Vater sein Kind bestiehlt?

Der oben vertretene Vorschlag, daß als Untreue (Treubruch) nur der Bruch besonderer Pflichten, nicht der Bruch allgemeiner Rechtspflichten bestraft werden soll, dessen Befolgung m. E. auch für das künftige Recht eine weitere Klärung des Treubruchsbegriffes bringen würde, wird von der Strafrechtskommission nicht vertreten. Es müßte in einem solchen Falle also wegen Diebstahls in Idealkonkurrenz mit Treubruch gestraft werden. Dies führt nicht zu denselben unerfreulichen Folgen, zu denen eine solche Auffassung im geltenden Recht führt, da nach § c der vorgeschlagenen künftigen Fassung nicht bloß Haus- und Familiendiebstahl und -unterschlagung, sondern auch die Haus- und Familienuntreue nur auf Verlangen verfolgt werden sollen. Unter Ehegatten sowie zwischen Angehörigen, die in häuslicher Gemeinschaft leben, ist bei allen drei Delikten Straflosigkeit vorgesehen.

Immerhin erkennt auch die Kommission, daß ein uneingeschränkter Treubruchstatbestand leicht zu weit ausgelegt werden kann[1]). Sie vertraut hierbei auf eine vernünftige Auslegung durch den Richter. Die Kriterien, die sie für eine solche einschränkende Auslegung ansieht, sind nicht die obengenannten[2]) des Reichsgerichts ((Dauer und Umfang), sondern die Einschränkung soll auf dem Wege erfolgen, den Schwinge-Siebert und Peschke schon für das geltende Recht gewiesen haben[3]): Abgesehen davon, daß nicht jede gegen Treu und Glauben verstoßende Verletzung einer beliebigen Vertragspflicht als Treubruch angesehen wird, soll auch die Verletzung von Nebenpflichten nicht hierher gehören. „Die Pflicht zur getreuen Verwaltung fremden Vermögens muß vielmehr den eigentlichen und wesentlichen Inhalt des Vertrages bilden[4])." Hausangestellte, die ihnen anvertraute Gegenstände beschädigen oder an sich nehmen, sollen nur Sachbeschädigung oder Unterschlagung, aber keinen Treubruch, also auch keine Veruntreuung begehen. (Nach geltendem Recht würde man in

[1]) Dahm, S. 339.
[2]) s. o. S. 45.
[3]) s. o. S. 47.
[4]) Dahm, S. 340.

einem solchen Ansichnehmen, wenn nicht Mitgewahrsam des Dienstgebers gegeben ist, Veruntreuung annehmen müssen.) Dies soll deswegen kein Treubruch sein, weil ein „Treuverhältnis eine Pflicht zur Wahrnehmung fremder Angelegenheiten im rechtsgeschäftlichen Verkehr zur Voraussetzung" habe[1]).

Eine solche Einschränkung scheint mir die Gefahr nahe zu legen, die die Beschränkung auf den „Bevollmächtigten" in § 266 a. F. mit sich brachte, Gefahren, die umso bedeutender sind, als jetzt auch die Veruntreuung dieser Einschränkung unterworfen wäre. Soll der Verwahrer, der sich die ihm anvertraute Sache zueignet, deswegen nicht wegen Treubruchs bestraft werden, weil ihm nicht oblag, über die Sache ein Rechtsgeschäft abzuschließen, sondern nur sie tatsächlich sorgfältig aufzubewahren?

Es ist doch wohl richtiger, die Zueignung jeder auf Grund eines besonderen Vertrauens anvertrauten Sache als Treubruch zu bestrafen, im übrigen durch den Tatbestand nur solche Pflichten zu schützen, die nicht schon einem jeden kraft allgemeiner Rechtspflicht obliegen, sondern die ihren Grund in einem Treuverhältnis haben; nur solche Pflichten sind Treupflichten. Wie man sich hierüber aber auch entscheiden mag, eins steht fest: Dadurch, daß die Unterschlagung im kommenden Recht gegenüber der Untreue ausdrücklich subsidiäre Natur haben soll — wobei durch § c der Rechtsgedanke des § 247 StGB. auf diesen umfassenden Untreuetatbestand ausgedehnt ist[2]) —, und dadurch, daß die Veruntreuung dorthin gestellt wird, wo sie ihrem Wesen nach hingehört, zum Treubruch, hat endlich die Frage nach dem Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung eine befriedigende Lösung gefunden.

[1]) ebendort.
[2]) s. o. S. 51.

Literatur.

Alfeld, Phil.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. Leipzig-Erlangen 1922.

Amonn, Hermann: Die Untreue. Diss. Tübingen 1894.

Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1926.

Aschrott-Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. Kritische Besprechung des Vorentwurfs. Berlin 1910.

Beling, Ernst v.: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

„ Grundzüge des Strafrechts. 10. Auflage. Tübingen 1928.

„ Die Lehre vom Tatbestand. Tübingen 1930.

Bendix, Ludwig: Die irrationalen Kräfte in der neueren Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts zur Untreue des Bevollmächtigten. In J. W. 1931, S. 176 ff.

Berner, Albert-Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18. Auflage. Leipzig 1898.

Beseler, Georg: Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Leipzig 1851.

Binding, Karl: Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.

„ Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. 2. Auflage. Leipzig 1902.

Cahn, Joseph: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über Untreue des Bevollmächtigten. In J. W. 1931, S. 2772 ff.

Dahm: Treubruch. In „Das kommende deutsche Strafrecht"; Bes. Teil. Berlin 1935.

Draheim, Otto: Untreue und Unterschlagung. Breslauer Strafrechtliche Abhandlungen; Heft 39. Breslau 1903.

Dürr, Hans-Georg: Das Verhältnis zwischen Untreue und Unterschlagung unter Berücksichtigung der Entwürfe zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch. Diss. Breslau. Im Auszug gedruckt 1928.

Ebener, Werner: Die Untreue und ihr Verhältnis zur Unterschlagung. Diss. Leipzig 1932.

Ebermayer, Ludwig: Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission systematisch bearbeitet. Berlin 1914.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch (Leipziger Kommentar = L. K.). 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1929.

Ehrlich, Lore: Die neue Rechtsprechung zur Untreue des Bevollmächtigten. In Z. f. Str. W. Bd. 52, S. 179 ff.

Enneccerus, Ludwig: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts; Bd. I. Allgemeiner Teil von H. E. Nipperdey. 13. Aufl. Marburg 1931.

Entwürfe:

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909 mit Begründung.
Kahl-Lilienthal-Liszt-Goldschmidt: Gegenentwurf von 1911 mit Begründung.
Entwurf der Strafrechtskommission 1913.
Entwurf von 1919 mit Denkschrift.
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung 1925.
Amtlicher Entwurf e. A. D. StGB. mit Begründung 1927.
Amtlicher Entwurf nach den Beschlüssen der ersten Lesung des Deutschen Reichstagsausschusses und den Deutschen und Österreichischen Strafrechtskonferenzen. Herausgegeben von Kohlrausch. Berlin und Leipzig 1930.

Feuerbach, Anselm v.: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. 14. Auflage; herausgegeben von C. J. A. Mittermaier. Gießen 1847.

Finger, August: Strafrecht (Bd. 12 des „Ges. deutschen Rechts", herausgegeben von R. Stammler), Berlin 1932.

„ Die Strafgesetznovelle vom 26. Mai 1933. In G. S. Bd. 103, S. 230 ff. und 334 ff.

Francke, Kurt: Die Bevollmachtigtenuntreue der § 266, Z. 2, StGB. Diss. Köln 1933.

Frank, Reinhard v.: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931.

Freisler, Roland: Willensstrafrecht. Versuch und Vollendung. In „Das kommende deutsche Strafrecht", Allgemein. Teil. 1. Aufl. Berlin 1934.

Freudenthal, B.: Die Untreue. In der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", Bes. Teil. Bd. 8, S. 105 ff.

Garçon, E.: Code Pénal annoté. Paris 1931.

Gerland, Heinrich B.: Deutsches Reichsstrafrecht; 2. Auflage Berlin und Leipzig 1932.

Gleispach, Wenzelaus Graf: Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen. Berlin 1905.

Gonner: Anmerkungen zum Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. Nach den Protokollen des Kgl. geheimen Raths. München 1813.

Grünhut, Max: Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen. In Festgabe für das Reichsgericht, Bd. V, S. 116 ff. Berlin und Leipzig 1929.

Hälschner, Hugo: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1884.

Hartleben, Theodor: Napoleons peinliches und Polizey-Strafgesetzbuch. Frankfurt/Main 1811.

Hegler, August: Die Systematik der Vermögensdelikte. Sonderabdruck aus dem Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. IX und X. Berlin und Leipzig 1917.

Heimberger, Josef: Strafrecht. Berlin-Wien 1931.

Hippel, Robert v.: Deutsches Strafrecht. Berlin 1930.

„ Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932.

Hirschfeld, Hans Josef: Veruntreuung und Untreue. Diss. Jena 1927.

Holtzendorff, Fr. v.: Handbuch des Deutschen Strafrechts (in Einzelbeiträgen). Berlin 1872.

Honig, Richard: Straflose Vor- und Nachtat. Leipzig 1927.

Kleinschrod, Gallus Aloys: Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte. Erlangen 1797.

„ Entwurf eines peinlichen Gesetzbuchs für die kurpfalzbayerischen Staaten. München 1802.

Kohlrausch, Eduard: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Anmerkungen. 31. Aufl. Berlin 1934.

„ Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen. In „Das kommende deutsche Strafrecht", Bes. Teil. Berlin 1935.

König, Heinrich: Die Untreue im geltenden deutschen Strafrecht und in den Entwürfen. Diss. Marburg 1928.

Kressus, Johannes Paullus: Commentatio succinta in Constitutionem Criminalem Caroli V Imperatoris. Hanoverae 1736.

Leopold, Hans: Zum Tatbestand der strafbaren Untreue. Breslauer strafrechtliche Abhandlungen, Heft 94. Breslau 1908.

Liszt, Franz v.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 21. u. 22. Aufl. Berlin und Leipzig 1919. 25. Aufl. besorgt von Eberhard Schmidt. Berlin und Leipzig 1927.

Mayer, Hellmuth: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen. München, Berlin und Leipzig. 1926.

„ Eigentum an Geld und Strafrechtliche Konsequenzen. In G. S. Bd. 104, S. 100 ff.

„ Die Untreue nach der Strafgesetznovelle vom 26. Mai 1933 insbesondere in ihren Beziehungen zum Handelsrecht. In Zbl. H. R. 1933, S. 145 ff.

Merkel, Adolf: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Merkel, Paul: Grundriß des Strafrechts. Bonn 1927.

Meyer, Hugo: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 3. Auflage. Erlangen 1882.

Mezger, Edmund: Strafrecht. 2. Auflage. München 1933.

Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preußischen Justizministers. Berlin 1933.

Olshausen, J. v.: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Berlin 1927.

Oppenheim, L.: Die Objekte des Verbrechens. Basel 1894.

Peschke, Kurt: Zum Begriff der Untreue nach dem Gesetze vom 26. Mai 1933. In DJZ. 1933, S. 1098 ff.

Pfeiffer, Julius: Die Untreue im zukünftigen Strafgesetzbuch. Breslauer Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 302. Breslau 1932.

Pfundtner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht. Berlin seit 1933.

Quistorp, Johann Christian v.: Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Rostock und Leipzig 1794.

Reichsabschiede: Aller des Heiligen Römischen Reiches gehaltener Reichstäge Ordnungen und Abschiedt. Mainz 1585.

Reichsjustizamt: Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, gefertigt im Reichsjustizamt Berlin 1911.

Robota, Bernd: Die Untreue in § 266 StGB. verglichen mit ihrer Regelung in § 348 des Entwurfs von 1930. Diss. Köln 1930.

Rompel, Wilhelm: Ist die sog. Alternativität als selbständige Konkurrenzform neben Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion begründet? Diss. Marburg 1928.

Rothschild, Herbert: Täter und Handlung der Mißbrauchsalternative im neuen Untreuetatbestand. Diss. Gießen 1933.

Rubo, Ernst Traugott: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1879.

Rüdorff, Hans: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl., herausgegeben von M. Stenglein. Berlin und Leipzig 1881.

Schäfer, Ernst: Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933. In DJZ. 1933, Sp. 789 ff.

Schäfer-Richter-Schafheutle: Die Strafgesetznovellen von 1933 und 1934. Berlin 1934.

Schmidt, Richard: Grundriß des deutschen Strafrechts. Leipzig 1931.

Schneider-Neuenburg: Die Untreue. In G. A. 1933, S. 324.

Schönke: Bemerkungen über Diebstahl, Unterschlagung und Raub im künftigen Recht. In „Deutsche Justiz" 1934, S. 1088 ff.

Schwartz, Ernst: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.

Schwarze, Oskar v.: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Leipzig 1884.

Schwinge-Siebert: Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Bedeutung. Berlin 1933.

Seidl, Ferdinand: Die Untreue nach dem Vorentwurf zu einem DRStG. (§ 277) und Gegenentwurf (§ 322). Diss. Erlangen. München 1913.

Siebert, W.: Der strafrechtliche Schutz des Treuhandverhältnisses durch den neuen § 266 StGB. In J. W. 1933, S. 2242.

Stanner, Kurt: Die Untreue in der Lehre vom Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen. Diss. Breslau 1934.

Stemann, C. v.: Die Vergehen der Unterschlagung und Untreue. Eine Vorarbeit für das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes. Kiel 1870.

Stenglein, M.: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher. 3 Bde. München 1858.

Ziegler, Alfred: Der Tatbestand der Untreue nach geltendem Recht und nach den Entwürfen zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, insbesondere dem Entwurf 1927. Diss. Tübingen 1931.

Zumstein, Carl: Die Bevollmächtigten-Untreue. Diss. Erlangen 1932.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Goltdammers Archiv) = G. A. (seit 1934 „Deutsches Strafrecht").

Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil- und Militärstrafrecht und Strafprozeßrecht sowie die ergänzenden Disziplinen. Herausgegeben von F. Oetker, A. Finger, A. Schoetensack = G. S.

Deutsche Juristen-Zeitung = D. J. Z.

Deutsche Richterzeitung mit Beilage „Rechtsprechung" = D. R. Z. Rspr.

Juristische Rundschau mit „Höchstrichterliche Rechtsprechung".

Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom deutschen Anwaltverein = J. W.

Deutsche Justiz. Herausgegeben von Reichsjustizminister Gürtner.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht = L. Z.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Th. Soergel. (Seit 1935 Monatsbeilage der „Deutschen Justiz") = Recht.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Herausgegeben von Ed. Kohlrausch und W. Gf. Gleispach = Z. f. Str. W.

Zentralblatt für Handelsrecht. Herausgegeben von Fr. Goldschmit und W. Beutner = Zbl. H. R.

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen = R.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen = RG.

Lebenslauf.

Am 5. Mai 1912 bin ich in Großenhain (Sachsen) als Sohn des Kgl. Sächs. Oberleutnants, späteren Majors, Adolf Frhr. v. Stralenheim geboren. Ich besuchte die Gymnasien zu Celle, Neubeuern/Inn und Wernigerode/Harz, wo ich am 11. März 1930 die Reifeprüfung bestand. Nach einem Kursus auf der Reit- und Fahrschule in Hildesheim studierte ich an der Universität Freiburg, dem University College in Exeter (England), sowie an den Universitäten zu München, Hamburg und Göttingen Rechtswissenschaft. Am 3. April 1935 bestand ich in München die erste juristische Staatsprüfung mit „Gut" und war dann bis September 1935 als Fakultätsassistent an der Universität Freiburg angestellt.